



Universidad de Chile
Facultad de Derecho
Departamento de Derecho Público

**“EL DERECHO FUNDAMENTAL DE ACCESO A LA JUSTICIA Y A DEFENSA
LETRADA; MECANISMOS DE PROTECCIÓN A TRAVÉS DE SUS AGENTES
ESTATALES.”**

Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales

Alumno: Rodrigo Castro Villagra
Profesor Guía: Víctor M. Avilés H.

Santiago de Chile
Marzo de 2007

INTRODUCCION.....	5
CAPITULO I: CONCEPTOS PRELIMINARES	9
1.- Derechos fundamentales.	9
2.- Órganos de la Administración del Estado	18
3.- Servicio público:.....	21
4.- Usuario	25
5.- Asistencia judicial	26
6.- Bien público Justicia.....	27
CAPITULO II: EL DERECHO FUNDAMENTAL DE ACCESO A LA JUSTICIA Y ACCESO A DEFENSA LETRADA GRATUITA.....	29
1.- Breve análisis histórico de la garantía del Acceso a la Justicia en el ordenamiento jurídico chileno	31
a) La Constitución de 1818	31
b) La Constitución de 1822	32
c) Constitución de 1823.....	32
d) Constitución de 1828.	32
e) Constitución de 1833.	33
f) Constitución de 1925	34
g) Acta Constitucional nº3 de 1976	35
2.-Discusión en la Comisión Redactora de la Constitución de 1980.....	36
3.- Redacción contemporánea de la garantía del artículo 19 nº 3 incisos segundo y tercero.....	43
4.- Naturaleza y contenido esencial del derecho fundamental	51
a) Naturaleza del derecho:	52

b) El contenido esencial de los derechos fundamentales. Suficiencia de la remisión normativa del artículo 19 n°3 inciso tercero. Reserva legal y constitucionalidad del reenvío legal a la potestad reglamentaria	58
5.- Estructuras de configuración de los derechos fundamentales.....	65
6.- Análisis de la remisión normativa en la garantía de acceso a defensa letrada del artículo 19 n° 3 inciso 3.....	66
CAPITULO III; MECANISMOS DE PROTECCIÓN DE LA GARANTÍA DEL ACCESO A LA JUSTICIA.....	72
1.- Formas de resguardo constitucional:	73
a) Recurso de Protección y su relación con el artículo 19 n°3.	74
b) Control de comportamiento ético de las profesiones.....	76
2.- Formas de protección desde la legalidad	80
a) Normas de carácter procesal.	81
i) Normas del Código Procesal Penal.....	81
ii) Normas de la Ley n° 19.968 que Crea los Tribunales de Familia:.....	83
iii) Privilegio de Pobreza.....	84
B) Normas de carácter orgánico.....	85
3.- Formas de protección desde la administración pública.....	87
CAPÍTULO IV EL ESTADO CHILENO COMO PROVEEDOR DE BIEN PÚBLICO JUSTICIA Y PRESTADOR DE SERVICIOS DE ASISTENCIA JUDICIAL	95
1.- Situación histórica y vigente de la asistencia judicial en Chile.....	95
a) La asistencia judicial hasta el año 1973;.....	96
b) La asistencia judicial entre el 11 de septiembre de 1973 y mayo de 1981	97
c) La asistencia judicial a partir de mayo de 1981	98
2.- Los Abogados del Turno.....	100

3.- La Corporación de Asistencia Judicial (CAJ).....	105
4.- La Defensoría Penal Pública	114
CAPÍTULO V: LA DEFENSA ASISTENCIAL EN EL DERECHO COMPARADO	120
1. España.....	121
2.-Francia.....	124
3. Alemania.....	126
CONCLUSIONES.....	128
BIBLIOGRAFÍA.....	131

INTRODUCCION

El objetivo de este trabajo de memoria es exponer aquella dimensión del derecho fundamental del igualitario Acceso a la justicia, en lo relacionado con la garantía de los ciudadanos a contar con una defensa letrada. A través de esta investigación, se propone un análisis al texto de constitucional y a los actuales agentes encargados de la asistencia jurídica, examinando el estado actual de la organización de este sistema subsidiario y la forma en que estos mecanismos de asistencia profesional son dispuestos para materializar efectivamente la igualdad técnica de las partes en las diversas formas de enjuiciamiento.

Es importante señalar que estos sistemas de asistencia judicial están basados en dos principios básicos; el del debido proceso y el de subsidiariedad. El primero de ellos se relaciona con esta garantía en el acceso necesario a la participación de un profesional que pueda hacerse cargo de la defensa de los intereses de los particulares, de manera tal que las alegaciones y pretensiones que se hagan frente a la autoridad puedan ser respaldadas por un profesional y así poder traducir estas pretensiones en un lenguaje jurídico y en una estrategia procesal adecuada. El principio de la subsidiariedad estatal esta vinculado, en este aspecto, en la necesidad de otorgar esta defensa letrada en aquellos casos en los que no pueda asumirse directamente el costo económico por los particulares que acceden al sistema. Lo anterior significa finalmente que el Estado debe organizar un sistema lo suficientemente amplio para cubrir las necesidades del público que no está en condiciones de pagar las prestaciones privadas de un abogado y ,de esta manera, se genera la obligación de organizar un mecanismo eficiente para responder a esta necesidad pública.

Junto con ello, se admite por adelantado, que la prestación de este servicio público de asistencia jurídica resulta un deber para el Estado, bajo la prescripción del artículo 19 nº3, inciso 2º de la Constitución de 1980, premisa suficiente para la creación de un sistema cuya organización es encargada a una ley. Es imprescindible pensar además que ese servicio debe no sólo existir como tal y tener una cobertura suficiente en lo cuantitativo, sino que además debe generarse con ciertos niveles de calidad mínimos, de manera tal que no sólo la asistencia letrada sea una simple imagen procesal, sino que se convierta en una herramienta efectiva de protección de los derechos subyacentes, es decir, que este profesional actúe de acuerdo a un determinado nivel de gestión en defensa de los intereses de los usuarios del sistema de asistencia. Este nivel de calidad mínimo y, por cierto homogéneo para el resto de los prestadores del sistema en lo relativo al servicio que están obligados a generar, también constituye parte de la esfera de resguardo de la garantía antes descrita, ya que sin esta evaluación de contenido el derecho a gozar de una defensa letrada subsidiada es absolutamente inoperante. Estos patrones, dentro de la gestión administrativa, se identifican con la denominación de “estándares”, que se conceptualizan como directrices generales a los cuales la actividad profesional debe estar orientada para generar un servicio de calidad.

Asimismo la composición orgánica de los agentes que se encargan de prestar este servicio asistencial resulta de gran interés para desarrollar una teoría consecuente con el análisis de las políticas públicas que el Estado de Chile desarrolla al respecto, y para ello se examinarán los tres modelos vigentes en nuestro ordenamiento. Junto con ello se analizará si en su estructura y su funcionamiento se pueden advertir elementos de suficiencia que resguarden este derecho a Defensa letrada.

Por otro lado, es importante considerar el impacto de la Reforma Procesal Penal respecto a la reformulación de la asistencia judicial estatal a través de la instauración de la Defensoría Penal Pública como el agente encargado de prestar el servicio público de defensa penal asistencial en este sistema y que sin duda ha producido una renovación sustantiva en el papel que juega la asistencia judicial. Las exigencias de este modelo obligan al sistema de justicia penal a configurar un agente

prestador de defensa de carácter profesional, estable y homogéneo, y cuyos servicios puedan ser monitoreados y evaluados permanentemente, de manera de resguardar el debido acceso al abogado defensor, y de cierto modo, asegurar los niveles de conducta profesional al que asiste al imputado en el proceso con márgenes adecuados de atención, de manera tal que la figura del abogado defensor no sólo deba ser una imagen de legitimación del proceso, sino que asegure que ese rol va a cumplirse a cabalidad por un profesional adecuado y calificado previamente para cumplir esa función. Sin embargo, la experiencia organizacional de la Defensoría Penal Pública sólo se aplica a esta exclusiva selección de casos que han ocurrido en materias criminales posteriores a la entrada en vigencia de la Reforma Procesal Penal existiendo para el resto de los casos un sistema general de asistencia judicial.

Este sistema general de asistencia judicial está sustentado básicamente en dos instituciones que cubren el resto de las prestaciones que está obligado a generar el sistema: La Regla de los Abogados del turno y La Corporación de Asistencia Judicial. Estas instituciones, a diferencia de los estrictos controles de nivel de que goza la Defensoría Penal, no están sujetas a sistemas de evaluación de gestión, ni tampoco a monitoreos que permitan conocer el estado de la gestión de asistencia judicial, sino que más bien existen para ellos modelos de sanción disciplinaria represiva, sea por conductas poco éticas o comportamientos negligentes. Además, debe tenerse en cuenta que los prestadores directos de este sistema, los abogados del turno y los postulantes de la Corporación, no gozan de una calificación administrativa determinada que pueda incluirlos de manera coherente en este sistema de asistencia pública. La inexistencia de elementos de incentivo, la carencia de sistemas de evaluación y control permanente del servicio y la evidente falta de soporte administrativo aplicado a este modelo asistencial hacen que el producto obtenido de estos agentes no sea el esperado o al menos homogéneo, y por lo tanto, genera una consecuencia inmediata de la desprotección de las necesidades de los usuarios del sistema público y desigualdad.

Por ello, es necesario encontrar los fundamentos positivos a la falta de adecuación del sistema de asistencia judicial en la perspectiva del derecho

fundamental del Igualitario Acceso a la Justicia y a la Defensa Letrada, asegurado por nuestra Constitución, junto con explicar el conjunto de normas legales y administrativas que ordenan este servicio, en relación con el nuevo escenario que ha promovido la Reforma Procesal Penal, en la reelaboración de este sistema público.

Por lo tanto, será necesario describir previamente los elementos con los que este derecho se relaciona directamente. Será necesario determinar un concepto de derecho fundamental, de Bien público justicia, de servicio público y de asistencia judicial. Estas ideas una vez delimitadas, marcarán la secuencia argumentativa posterior de esta memoria.

Luego resulta imprescindible observar el derecho fundamental de Acceso a defensa letrada desde una posición en el tiempo; encontrar las evidencias positivas en la historia constitucional chilena, para luego así proceder al análisis en la Constitución de 1980 y la discusión en la comisión redactora. Dentro de este examen se concluirá particularmente sobre la naturaleza del derecho fundamental, y por sobre todo, se procederá a realizar un análisis de la legitimidad de la remisión a la ley y de constitucionalidad del reenvío legal a la potestad reglamentaria. Será objetivo de esta memoria además hacer prueba de cuáles son y cómo operan los mecanismos de protección constitucional, legal y administrativo de esta garantía.

La fase final de esta tesis vinculará a los tres más importantes prestadores del servicio de asistencia judicial; El Sistema de Abogados de Turno, La Corporación de Asistencia Judicial y la Defensoría Penal Pública. Esto lleva necesariamente a un examen de la constitucionalidad de sus modelos en relación al papel que desempeñan como mecanismos de protección de la garantía y la evaluación jurídica de su gestión.

De esta manera, estas conclusiones nos conducirán a un examen final acerca del mecanismo de garantía de defensa letrada, desde la perspectiva de la Igualdad, en el mantenimiento de dos sistemas paralelos, muy dispares entre ellos, aplicable uno para la justicia penal y otro, para el resto de los escenarios.

CAPITULO I: CONCEPTOS PRELIMINARES

Esta sección permitirá exponer las definiciones preliminares que integran el marco teórico necesario para la elaboración posterior de las ideas generales desarrolladas a continuación. Estos conceptos facilitan, en cierta medida, la conducción lógica de la secuencia argumentativa expuesta en esta memoria, como asimismo entregan el sustento teórico constitucional y aquellos elementos de la teoría económica y del Derecho Administrativo necesarios para fundamentar esta memoria. De otro modo, estos conceptos podrían tomar un carácter azaroso, y en consecuencia se podría arriesgar la comprensión clara y definitiva de las conclusiones de esta tesis.

Para ello, será necesario acudir a los conceptos y categorías como han sido identificados por la doctrina de mayor aceptación, y cuyo fin, en este caso particular, es proporcionar una idea instrumental acerca de las nociones que ellos encierran. En definitiva esto significa que no hay una intención, en esta apartado, de dotar a estos conceptos de elementos valóricos novedosos que reformulen dogmáticamente estas ideas.

1.- Derechos fundamentales.

La expresión admite diversas acepciones, aunque en la doctrina constitucional generalizada no se admite una definición cerrada y única, de manera que en la mayoría de los casos no se explicita un solo concepto, sino que refieren más bien una

explicación de su contenido y de sus características esenciales. Los derechos fundamentales de esta forma, en su sustrato se vinculan con aspectos inherentes a la persona humana, que han sido considerados incluso anteriores a la positivización del Derecho y que no pueden expresarse de forma agotada y taxativa.

El desarrollo internacional de la doctrina de los derechos fundamentales, bajo la concepción liberal, se ha constituido históricamente en base a dos corrientes; la doctrina francesa de las libertades públicas y los preceptos de la doctrina alemana de los derechos públicos subjetivos.

La doctrina francesa a partir del concepto de libertades públicas, utilizado por primera vez a partir del artículo 9 de la Constitución de 1793 y singularizado en la Carta de 1814, ha comprendido aquellas “situaciones jurídicas legales y reglamentarias en las cuales el individuo se ve reconocido el derecho de actuar sin restricción en el cuadro de los límites fijados por el Derecho positivo en vigor y eventualmente determinado, bajo el control del juez, por la autoridad de policía encargada del mantenimiento del orden público” ¹. Por lo tanto, la capacidad del concepto de libertades públicas debe ser comprendida como una positivación del Derecho Natural, que cumplió su misión histórica pero que no es capaz de explicar el proceso de evolución posterior, dejando fuera de su campo de asimilación a los derechos económicos y sociales.

La doctrina alemana, por otro lado, ha fundado su desarrollo en el concepto de derecho público subjetivo, noción atribuida al jurista G. Jellinek, categoría que es desprovista de contextos y motivaciones históricas para favorecer sus elementos de estricta composición positiva, surgiendo como un concepto alternativo a la concepción del Derecho Natural. El Estado de Derecho y el reconocimiento de la personalidad jurídica del Estado como las premisas conceptuales en esta materia, permiten comprender la idea fundamental de que “El Estado en cuanto tiene capacidad de crear el Derecho, dispone de personalidad jurídica, pero a su vez necesita situarse en un

¹ ALVAREZ CONDE, ENRIQUE , *Curso de Derecho Constitucional, Volumen I, El Estado Constitucional, El sistema de Fuentes, Los Derecho y Libertades*, editorial Tecnos, 2º edición, 1996, España, pág 268

contexto racional, donde pueda contraponerse a otras personalidades jurídicas. Para ello es necesario que el individuo adquiriera una titularidad jurídico-pública con la que pueda contraponerse al Estado, titularidad que también es conferida por el propio Estado, lo que supone, a la postre el reconocimiento de aquellos derechos públicos subjetivos desde los que el individuo se encuentra en posición de relacionarse jurídicamente con el Estado.”²

Estos derechos públicos subjetivos no son disponibles para sus titulares sin menoscabo de su personalidad, convirtiéndose en el sustento de toda actividad para el individuo. Consecuentemente todo derecho privado es edificado sobre un derecho público, que se funda a la vez en el reconocimiento estatal de la personalidad individual. Sin embargo, la misma dificultad de actualización y vigencia del contenido de este concepto amenaza su supervivencia.

En la actualidad, se puede identificar a los derechos fundamentales bajo la denominada concepción dualista que recoge los elementos más significativos de las doctrinas ya expresadas y permite adaptar su comprensión a los contenidos contemporáneos de la categoría. En esta perspectiva se puede comprender que los derechos fundamentales “ por una parte son derechos subjetivos del ciudadano frente al Estado, garantizando así un status jurídico de libertad de la persona, y por otra son valores o elementos configuradores y fundamentadores del propio sistema político, lo cual nos revela su carácter integrador y a la vez, transformador del mismo”³

Para el profesor Enrique Álvarez Conde “los derechos fundamentales no pueden ser concebidos como una categoría conceptual absoluta, con carácter permanente e inmutable, sino que tienen un significado marcadamente contingente, nunca válido para todo tiempo y lugar, pudiendo incluso sostenerse que no hay ningún elemento necesariamente presente en todos y cada uno de los del derechos fundamentales.”⁴ Existe por lo tanto un proceso constante de actualización de sus contenidos a la realidad y, en consecuencia, se debe dejar fuera la tesis del numerus

² ALVAREZ CONDE, ENRIQUE, Ob. Cit., pág 270.

³ ALVAREZ CONDE, ENRIQUE, Ob. Cit., pág 270, citando a Peces-Barba.

⁴ ALVAREZ CONDE, ENRIQUE, Ob. Cit., pág 278.

clausus y proclamar el proceso de expansión y de irreversibilidad propio de la doctrina de estos derechos.

En Chile, el profesor Humberto Nogueira Alcalá⁵, ha señalado enfáticamente que los derechos fundamentales “son tales por emanar directamente como atributos esenciales de la dignidad humana y constituir límites a la soberanía”, como se expresaría en el texto mismo del artículo 5 en su inciso 2º de la Constitución de 1980. Por lo tanto, constitucionalmente pueden definirse como “el conjunto de facultades e instituciones que, concretan las exigencias de la libertad, la igualdad y la seguridad humanas en cuanto expresión de la dignidad de los seres humanos, en un contexto histórico determinado, las cuales deben ser aseguradas, promovidas y garantizadas por los ordenamientos jurídicos a nivel nacional, supranacional e internacional, formando un verdadero subsistema dentro de estos.

El profesor José Luis Cea Egaña, propone una definición claramente iusnaturalista. Señala que los derechos fundamentales son “los derechos, libertades, igualdades o inviolabilidades que, desde la concepción, fluyen de la dignidad humana y que son intrínsecos de la naturaleza singularísima del titular de esa dignidad. Tales atributos, facultades o derechos públicos subjetivos son, y deben ser siempre, reconocidos y protegidos por el ordenamiento jurídico, permitiendo al titular exigir su cumplimiento con los deberes correlativos”⁶

El profesor Enrique Evans de la Cuadra, en su obra “Derechos Constitucionales”, a lo largo de los 3 tomos de profundo examen, no señala un concepto único ni cerrado de los derechos fundamentales, sino que explica como en las distintas fases de evolución constitucional, estos secuencialmente se han ido

⁵ NOGUEIRA ALCALÁ, HUMBERTO, *Aspectos de una teoría de los derechos fundamentales; la delimitación, regulación, garantías y limitaciones de los derechos fundamentales*, Revista *Ius et Praxis*, Universidad de Talca, año 11, nº2, 2005, Talca, Chile, pag. 16-17

⁶ CEA EGAÑA, JOSE LUIS, *Derecho Constitucional Chileno*, Tomo I, Ed. Universidad Católica de Chile, 2002, Santiago de Chile, pág, 221.

consagrando en los textos constitucionales. Advierte en ese sentido cinco fases que describiré de forma muy sintética⁷:

La primera, generada en el siglo XIX, está constituida por la etapa de reformulación de la autoridad estatal, en donde se sustituyen las antiguas estructuras absolutistas por nuevos gobiernos democráticos, y en donde además existe una primera preocupación por las libertades públicas, pero que no constituían el foco principal de atención. La segunda fase, identificada con los inicios del siglo XX, está caracterizado por la generación de elementos que fortalecen el Estado de Derecho, surgiendo la necesidad de que el poder político institucionalice mecanismos que aseguren plenamente la juricidad de los actos de los gobernantes, buscando la independencia primordialmente del poder judicial y acentuando herramientas de control constitucional de la ley y actos de la administración. La tercera fase de evolución, desarrollada luego de las guerras mundiales, se caracteriza por un signo de preocupación constante por el respeto de las garantías, igualdades y libertades constitucionales, que son identificados internacionalmente como los Derechos Humanos, y que son elevados a derechos de carácter universal, primando incluso por sobre la consagración de los textos del derecho interno de las naciones; Una cuarta y última fase, en la época más actual, estaría compuesta por la consagración de los derechos humanos, precedido por una toma de conciencia internacional y respeto por estas garantías personales en los textos constitucionales modernos.

Con la intención de identificar la influencia de esta evolución internacional de los derechos fundamentales con el desarrollo del texto de la Constitución de 1980, el profesor Evans de la Cuadra señala respecto al Capítulo III; “que este capítulo recoge la casi totalidad del articulado del Pacto (de San José de Costa Rica) y que serían eventualmente muy escasas las adecuaciones internacionales necesarias...Por lo demás, no cabe extrañarse de la similitud entre las ideas del Pacto y de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y los preceptos de la Constitución de 1980. Los integrantes de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución dejaron constancia en

⁷ EVANS DE LA CUADRA, ENRIQUE, *Los derechos constitucionales*, edición actualizada por Eugenio Evans Espiñeira, tomo I y II, 2004, Editorial Jurídica, Santiago de Chile.

las Actas de su adhesión a esos documentos y elaboraron uno... llamado “Metas u Objetivos Fundamentales para la nueva Constitución Política de la República, el 26 de noviembre de 1973.”⁸ Esta explicación puede entregarnos claramente la idea de que en el pensamiento de este autor existe una similitud, al menos en una consecuencia finalista, entre las garantías constitucionales y los Derechos Humanos. En el mismo sentido la definición del profesor Humberto Nogueira identifica explícitamente los derechos fundamentales y los Derechos Humanos. Asimismo, en la doctrina española puede entenderse **superada la distinción terminológica de derechos fundamentales/derechos humanos.**⁹

Desde la perspectiva del profesor Humberto Nogueira, el tratamiento constitucional de los derechos fundamentales está identificado como una cuestión de contenido previo y no necesariamente vinculado con la explicitación de estas garantías en el Capítulo III. Así se hace referencia a los valores y principios del ordenamiento jurídico constitucional y que son el fundamento metajurídico del resto del catálogo de garantías públicas, ya que ordenan e influyen el total del ordenamiento jurídico.

“Los valores son ideales éticos u opciones ético-sociales básicos que el Estado propugna y decide concretar; constituyen el consenso sobre los objetivos sentidos como fundamentales y prioritarios por la sociedad dentro de un contexto cultural e histórico específico”¹⁰ De esta manera, la Constitución chilena determina los valores que sirven de base al reconocimiento de los derechos fundamentales. Esta decisión está presente en el artículo primero de la Constitución al consagrar: la dignidad de la persona humana, la libertad, y la igualdad. De este modo el sentido del artículo primero en su primer inciso explicita esos valores por medio de la expresión “**las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos**”.

De esta forma la **Dignidad** se identifica con “el respeto que merece toda persona por su calidad de tal, lo que impide que sea coaccionada física y mentalmente

⁸ EVANS DE LA CUADRA, ENRIQUE, Ob Cit.

⁹ Así en ALVAREZ CONDE, ENRIQUE, Ob. Cit., pág 275.

¹⁰ VERDUGO MARINKOVIC, MARIO; PFEFFER URQUIAGA, EMILIO; NOGUEIRA ALCALÁ, MARIO *Derecho Constitucional*, Santiago de Chile , Editorial Jurídica de Chile, 1997, Santiago de Chile. pág 109.

o discriminada”¹¹, esto como consecuencia de la autonomía, racionalidad y afectividad de la persona humana.

La **Libertad**, señala el profesor Nogueira, es el valor fundamental que reconoce a la persona como un ser ónticamente libre, en sus dimensiones de albedrío para escoger diversas alternativas, para expresar la libertad participación concretada a través de los derechos políticos, y de libertad-exultación que consiste en la libertad para logra su máximo desarrollo integral del ser humano.

Por otro lado, la **Igualdad** es aquel valor que establece que toda persona no es superior ni inferior a cualquier otro, que nadie es superior a otro en dignidad y derechos y nadie puede ser discriminado. Este valor tiene dos dimensiones, la primera referida a eliminar toda discriminación o diferencia arbitraria, y la segunda, a generar las intervenciones necesarias para corregir las desigualdades de hecho provocadas por situaciones de injusticia que derivan de la realidad social o de causas naturales.

“Interpretada en sentido finalista y sistemática, la igualdad implica el reconocimiento de la misma dignidad y derechos a todos los seres humanos, la igualdad ante la ley, la prohibición de discriminaciones, todo lo cual exige una coherencia interna del ordenamiento jurídico que se presenta como un valor esencial para la cultura, de la que él mismo es expresión y forma parte.

Así, junto a la tutela negativa que prohíbe las discriminaciones, está la tutela positiva de la igualdad que busca reparar las injusticias sociales del pasado y asistir y apoyar a los menos favorecidos y capacitados, que se expresa entre otras materias, en el equitativo reparto de cargas y limitando las disparidades, a través de la diferente carga tributaria y el desarrollo de las políticas sociales.”¹²

Las características de los derechos fundamentales, consagradas en la Constitución de 1980, en la tesis del profesor Mario Verdugo, son las siguientes:

¹¹ VERDUGO MARINKOVIC, MARIO: PFEFFER URQUIAGA, EMILIO; NOGUEIRA ALCALÁ, MARIO, Ob. Cit, pág 110.

¹² VERDUGO MARINKOVIC, MARIO: PFEFFER URQUIAGA, EMILIO; NOGUEIRA ALCALÁ, MARIO, Ob cit., pág 111

- a) La enunciación del artículo 19 no es taxativa, de manera que los derechos fundamentales están protegidos por la Constitución estén o no mencionados en su texto. En este sentido, puede reafirmarse dicha característica a través de la explicitación del artículo 5 inciso 2º de la Constitución, que impone un deber de respecto y promoción a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, garantizados por la constitución así como tratados internacionales vigentes y ratificados por Chile.
- b) Imponen límites objetivos al poder constituyente estableciendo que ninguna reforma constitucional, ley interpretativa o complementaria podrá afectar los derechos esenciales, apercibiendo a los órganos del Estado a su respeto y promoción.
- c) La prescripción de una garantía de carácter general que evita que por vía legal, por elementos complementarios o la imposición de requisitos de ejercicio que puedan afectar ese ejercicio en su esencia.
- d) Existen para ellos limitaciones fundados en el respeto de los derechos de terceros o en la defensa de bienes jurídicos de una mayor entidad, o en último término porque su ejercicio pasa por el respeto de las normas legales que los regulen.
- e) Que admiten, en casos calificados como estados de excepción, la suspensión o restricción de ellos transitoriamente.

Con el fin de contextualizar las distintas categorías de derechos fundamentales se proponen algunas clasificaciones. Entre ellas podemos citar la del profesor Jorge Iván Hubner Gallo quien señala que “existen derechos de la personalidad en sí misma y en su proyección cultural, social y cívica. En este aspecto habría derechos en el orden espiritual e intelectual como derecho a la búsqueda de la verdad, el derecho a la educación. En el orden familiar estarían los derechos de contraer matrimonio y de fundar una familia; en el orden laboral, el derecho del trabajador a ser tratado como persona, y en el orden societario y cívico, el derecho a participar de una manera

efectiva en la gestión de las instituciones de que cada persona forme parte, y en un plano más amplio, en la vida pública de la comunidad.”¹³

Para el profesor Enrique Evans de la Cuadra, advirtiendo que su clasificación prescinde de aspectos formales, similitudes gramaticales o raigambres históricas, intenta agrupar, en sus dichos, los derechos fundamentales según el bien jurídico protegido¹⁴ en cada conjunto de garantías y teniendo presente que es la persona el fundamento último de los derechos humanos. Por lo tanto el cuadro de estas categorías se expresa de la siguiente manera:

- a) **Derechos de la personalidad;** Derecho a la vida; derecho a la integridad física y síquica, derecho a fundar una familia; Derecho a disponer del propio cuerpo; derecho a la privacidad y la honra; inviolabilidad del hogar y comunicaciones privadas.
- b) **Derechos del pensamiento libre;** Libertad de conciencia, de creencias y de cultos, libertad de enseñanza, libertad de cátedra, libertad de opinión y de información, y el derecho de petición.
- c) **Derechos de la seguridad jurídica;** Igualdad ante la ley, igualdad en el ejercicio de derechos e igualdad ante la justicia, libertad personal y derecho a la seguridad individual, igualdad en la admisión a empleos y funciones públicas, igualdad ante tributos y cargas, libre ejercicio de los derechos.
- d) **Derechos del desarrollo en el medio social:** Derecho a un medio ambiente no contaminado; derecho a la salud; derecho a la educación; derecho de reunión; derecho de asociarse; libertad de trabajo; derecho a la seguridad social; derecho a la sindicación.

¹³ HÚBNER GALLO, JORGE IVÁN, *Panorama de los Derechos Humanos*, Ed. Andrés Bello, Santiago de Chile, 1973, pags. 83-84.

¹⁴ Nota del autor; En verdad, la categoría de “bienes jurídicos protegidos” se vincula más bien a una categoría tratada mayormente en la dogmática del Derecho Penal General. Al respecto se puede decir que *“Los bienes jurídicos son aquellos presupuestos que la persona necesita para la autorrealización en la vida social. Entre estos presupuestos se encuentran en primer lugar la vida y la salud. A ellos se añaden otros presupuestos materiales que sirven para conservar la vida y aliviar el sufrimiento: medios de subsistencia, alimentos, vestidos, vivienda, etc., y otros ideales que permiten la afirmación de la personalidad y su libre desarrollo: honor, libertad, etc.”*. MUÑOZ CONDE, FRANCISCO, *Introducción al Derecho Penal*, Segunda edición Editorial B de F, 2002, Buenos Aires, Argentina, págs 90 -91

- e) **Derechos del patrimonio**; Derecho a la libre actividad económica y derecho a la libre adquisición de bienes; derecho a no ser discriminado por las autoridades económicas; derecho de propiedad; derecho sobre las creaciones intelectuales y artísticas.¹⁵

Es estrictamente necesario entender que los derechos fundamentales como categorías jurídicas admiten limitaciones, restricciones y regulaciones de su ejercicio, que son por cierto legítimas y reconocibles. Estas características serán examinadas con precisión posteriormente, en el momento de realizar el análisis relativo a la naturaleza y el contenido esencial del derecho fundamental establecida en el artículo 19 número 3 inciso 3º de la Constitución Política de la República.

2.- Órganos de la Administración del Estado¹⁶

Los órganos de la administración del Estado pueden conceptualizarse como los sujetos de derecho que necesitan para actuar válidamente de personalidad jurídica de derecho público, propia o del Fisco; son integrantes de la administración del Estado, creados y configurados por ley cuya función es colaborar con el Presidente de la República en sus tareas de gobierno y administración. Por lo tanto, son una especie de órganos del Estado que desempeñan funciones específicas respecto al poder ejecutivo y que manifiestan la voluntad de este poder estatal.

Las características de estos órganos de administración fiscal pueden expresarse de la siguiente forma:

¹⁵ EVANS DE LA CUADRA, ENRIQUE, Ob. cit., pág 31-32.

¹⁶ Basado en el texto de VARGAS VALENZUELA, ANA ISABEL, *La defensoría penal pública; un servicio público; historia fidedigna*, Tesis de pregrado, profesor guía Carlos Carmona S., Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, año 2002, Santiago de Chile.

- a) Ellos están claramente establecidos en el ordenamiento jurídico. Esto se explicita a través de la prescripción del artículo 1 del Decreto con Fuerza de Ley (DFL) 1 del año 2000 de MINSEGPRES, que fija el texto refundido de la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado (LOCB). En este artículo se hace un listado de estos entes públicos, pero dicha enumeración no es taxativa. La intención de la expresión utilizada por este primer artículo es diferenciar a los órganos administrativos de los servicios públicos creados para el cumplimiento de la función administrativa. De esta manera, la expresión órganos sería comprensiva de aquellos no enumerados en ese artículo. Luego, la disposición contenida en el artículo 21 del DFL 1-2000 hablaría exclusivamente de servicios públicos creados para el cumplimiento de la función administrativa, demostrando que las expresiones órganos de la administración y servicio público no son sinónimos.
- b) Los órganos de la administración pública son parte del poder ejecutivo; En ese sentido colaboran con el Jefe de Estado a cumplir su tarea desde su “individualidad” dentro de su esfera de competencia.¹⁷
- c) Los órganos de la administración pública están regidos por el principio de servicialidad. Se justifica esta característica desde la prescripción del artículo 1 de la Constitución y el artículo 3 del DFL 1-2000, y que señalan coordinadamente que el Estado chileno, y la administración pública, están al servicio de la persona humana.
- d) Se rigen estos agentes por principios de legalidad, control y responsabilidad. Los entes públicos sólo pueden desarrollar su actividad si actúan conforme a derecho. Esto tiene por finalidad evitar que el accionar de estos órganos sea arbitrario y evitar la indefensión de los administrados frente a los poderes de la administración. Legalidad se vincula con que estos órganos deben ser

¹⁷ Esta característica se fundamenta en el artículo 24 de la Constitución y el artículo 1 del DFL 1-2000. Desde esta categoría pueden distinguirse dos tipos de funciones:

i) Función de gobierno; la actividad consistente en expresar y transmitir una voluntad de mando al cuidado del interés general, que es designada por el Presidente de la República por la imposibilidad fáctica de realizarla personalmente; ii) Función administrativa; conjunto de atribuciones orientadas a la aplicación de normas legales y reglamentarias para la consecución de los objetivos del poder público en materia de desarrollo y función de servicios públicos.

revestidos como tales previamente, y su actuar debe ajustarse a materias de su competencia y al procedimiento fijado para ello en la constitución y la ley. (artículo 7 de la Constitución y 2 del DFL 1-2000). Por control entenderemos aquel principio que persigue que los órganos del estado adecuen sus tareas a la ley y a los objetivos que se impone la propia administración. Este puede ser de carácter externo o interno¹⁸. Así el principio de responsabilidad tiene relación con el deber de reparación patrimonial por los daños producto de la actividad antijurídica administrativa.

Con el fin de caracterizar estos órganos de la administración del Estado, es necesario realizar la siguiente categorización, de acuerdo a la vinculación con el poder central de la administración.

- a) Centralizados: Son aquellos sujetos a un control de dependencia directa o jerárquica del primer mandatario por intermedio de un Ministro de Estado. Carecen estos de personalidad jurídica propia, pues actúan con personalidad jurídica del Fisco. La representación extrajudicial es detentada por el Presidente de la República quien puede delegar en subalternos ese rol. La representación judicial recae en el Consejo de Defensa del Estado. Actúan con bienes y recursos fiscales, aunque a veces la ley puede dotarlos de recursos especiales para fines propios sin que constituyan estos un patrimonio propio.
- b) Descentralizados: Son aquellos cuyo control es atenuado, ya que sobre estos sólo se ejerce una tutela o control indirecto. Tienen personalidad de derecho público propia. Su representante judicial y

¹⁸ Por **control externo** se comprenden los sistemas de control jurisdiccional de los tribunales ordinarios de justicia, la Contraloría, la Cámara de Diputados y la fiscalización política. Por sistema de **control interno** comprendemos aquel control jerárquico permanente de la autoridad de cada órgano, para que de esta forma, pueda evaluarse el cumplimiento de las políticas, metas y planes del mismo organismo.

extrajudicial es el Jefe de Servicio, gozan de patrimonio propio y su generación obligatoriamente debe ser por vía legal.

- c) Desconcentrados: Aquellos que mediante una ley se les ha atribuido competencia e ciertas y determinadas materias, pero siempre dentro de la misma organización o mismo ente estatal. Existe en ellos una limitación al poder jerárquico, ya que esta rige pero ya no en la competencia que se le asigna al órgano desconcentrado, sino en todo lo demás. No tiene personalidad jurídica propia aparte del órgano del que forma parte, actúa dentro del órgano al cual pertenece.
- d) Autónomos: Esta categoría es una creación original en nuestro ordenamiento desde la Constitución de 1980, y se caracterizan porque en la relación de su contenido no obedecen a vínculos jurídicos administrativos directos, sino que escapan de la línea jerárquica y no admiten facultades de supervigilancia. Sólo están sometidos a la Constitución y a la ley que los crea.

Estas categorías permitirán caracterizar a los agentes encargados de prestar en definitiva lo que se denominará como asistencia jurídica a los usuarios de este sistema, y por lo tanto permite identificarlos como elementos que integran la Administración del Estado.

3.- Servicio público:

Existen cierto tipo de necesidades que requieren para su satisfacción la intervención del Estado. Estas son las denominadas necesidades públicas, que son

cubiertas por la actividad fiscal sea de forma directa o bien convocando la colaboración de particulares.

Existen históricamente dos escuelas que a partir del siglo XIX caracterizan el concepto de servicio público.

En primer lugar, la escuela francesa, que basa su concepción en dos ideas fundamentales; la primera, es la necesidad de deslindar la competencia de la jurisdicción ordinaria de la competencia administrativa, y la segunda, la de diferenciarse de la idea de Estado autoritario prusiano, alzando el concepto de Estado gendarme o guardián. De esta manera, el Estado sería una cooperativa de servicios organizados y controlados por gobernantes, y el fundamento esencial del derecho público son los servicios públicos como tales, ya que constituyen un lazo de solidaridad social y núcleo de la actividad administrativa.

León Duguit conceptualiza los servicios públicos como “Toda actividad cuyo cumplimiento debe ser asegurado, reglado, controlado por los gobernantes, porque el cumplimiento de esa actividad es indispensable a la realización de la interdependencia social y de tal naturaleza que no puede ser realizada completamente sino que por intervención de la fuerza gobernante”^{19, 20}.

Históricamente la definición de servicios públicos es víctima de dos crisis conceptuales; la primera de ellas producto la actividad administrativa desplegada a mediados del siglo XX, principalmente en materia económica, en donde el interés general no sólo podía satisfacerse con la administración pública, sino que también podía cubrirse necesidades particulares a través de procedimientos contenidos en el derecho privado. La segunda crisis es gatillada por el nacimiento de fenómenos identificados como la globalización, la liberalización y privatización, en donde

¹⁹ DUGUIT, LEÓN, citado por MALJAR DANIEL, *La intervención del Estado en la presentación de los servicios públicos*, Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 1999, pags. 26-27.

²⁰ Gastón Jesé posteriormente reconoce a los servicios públicos como toda actividad desarrollada por la administración pública que fueran prestadas por un procedimiento especial de derecho público, pero sólo son servicios públicos en la medida que satisfacen necesidades de interés general que los gobiernos de un país han resuelto satisfacer por estos mecanismos.

principalmente la titularidad exclusiva de la prestación de estos servicios es forzosamente reformulada.

Como consecuencia de estas crisis consecutivas debió ampliarse el concepto de servicios públicos, de manera de poder entender que estos no sólo pueden ser prestados por los órganos del Estado, sino que también por entidades privadas sólo en el entendido que sean servicios públicos concesionados, en donde esta administración pública interviene de manera indirecta. De esta forma, podemos distinguir en la actualidad **conceptos orgánicos**, que conciben directamente al servicio público como una actividad desarrollada por órganos estatales, en oposición a las **concepciones funcionales**, que identifican el concepto desde el punto de vista de la necesidad que se preste por ese medio actividad, de manera que existirá tal servicio si los hace indiferentemente la Administración, directa o indirectamente, o bien lo hacen los particulares, pero que tiendan a satisfacer intereses de carácter general cuyo núcleo es el control de la autoridad estatal.

En Chile se ha adoptado, en opinión del profesor Enrique Silva, un concepto orgánico según la definición del artículo 25 de la LOCB²¹. Sin embargo, en atención al interés general de los administrados, no se puede considerar como una categoría cerrada ya que debe admitir flexibilidad para incluir otros factores prácticos.

Es posible señalar los elementos que configuran el servicio público:

- 1) No todo órgano estatal es servicio público; esto porque la actividad prestacional es realizada solo por una parte de la administración.
- 2) Siempre hay en estos una intervención del legislador; esto porque para determinar cuando una necesidad debe ser satisfecha por un servicio de esta calidad a favor del interés general. Esto es denominado “publicatio de la actividad”²²

²¹ ***“Los servicios públicos son órganos administrativos encargados de satisfacer necesidades colectivas, de manera regular y continua.”***

²² Por mandato del artículo 62, inciso 4º, nº 2, además de la exclusividad en la iniciativa del Presidente de la República.

- 3) Satisface necesidades colectivas públicas; estas necesidades son identificadas por el legislador y son puestas a cargo de un órgano estatal.
- 4) Pueden ser de gestión directa (pública), o de manera indirecta (privada), según sean los agentes encargados de satisfacer la necesidad colectiva pública. Por lo tanto gestión pública es la actividad prestacional realizada por la propia administración a través de los órganos del Estado, y gestión privada es aquella donde un privado ha realizado con la administración un contrato de servicio público que le permite desarrollar el servicio bajo la tutela de la administración fiscal.

Resulta necesario para la estructura de la línea argumentativa de esta tesis, hacer una referencia muy precisa a las características de los servicios públicos de gestión pública, a fin de caracterizar dentro del sistema de administración a los agentes de asistencia judicial. Se puede mencionar acerca de estos que:

- a) Son órganos de la administración del Estado; por definición del art. 1 inciso 2º de la LOCB
- b) Se rigen consecuentemente por la LOCB, de acuerdo al artículo 21 de la misma
- c) Satisfacen necesidades colectivas de manera regular y continua
- d) Estos servicios no definen políticas, sino que las ejecutan.
- e) Están sometidos al control del Presidente de la República
- f) Están encargados a un Jefe superior, quien organiza y administra el servicio, velando por el cumplimiento de sus objetivos y metas.
- g) Son creados y configurados por ley, en atención al artículo 62 de la Constitución.
- h) Pueden desconcentrarse territorial y funcionalmente de acuerdo al artículo 30 de la LOCB.

4.- Usuario

Puede definirse simplemente como el administrado que utiliza el servicio público, recibiendo la prestación respectiva.

Muchas veces, en los distintos servicios de asistencia jurídica varían los términos respecto de los cuales se identifican a los usuarios según las políticas institucionales. Pueden denominarse como patrocinados, beneficiarios o imputados, pero que en función de los elementos en análisis, en principio, no son distinguibles.

Las categorías específicas de la calidad de usuario del sistema se examinarán en los capítulos respectivos, y que permite identificarlos con uno u otro servicio de asistencia jurídica, junto con los requisitos necesarios para que estos puedan acceder al sistema prestacional.

Sin embargo, como características generales podemos mencionar las siguientes:

- a) La relación de usuario y prestador es predominantemente objetiva; la parte sustancial del vínculo está excluida de la autonomía de la voluntad de las partes y está definida de manera imperativa por normas jurídicas generalizadas.
- b) El vínculo es de carácter público. Las normas del derecho privado sólo inciden en la generación de la relación.
- c) Puede constituirse la relación por actos unilaterales públicos o por medio de contratos privados.
- d) La relación jurídica es caracterizada por una situación especial de sujeción del usuario.

5.- Asistencia judicial

El sistema de asistencia judicial puede definirse como la representación de personas o grupos de personas ante un órgano jurisdiccional, abogando por el reconocimiento de una pretensión de carácter legal, ya sea en asuntos de carácter contencioso, judicial, no contencioso o penal.

Sin embargo, es necesario tener claridad que el término **asistencia jurídica es un término mucho más amplio que la noción de asistencia judicial**, ya que esta última sólo se limitaría a la asesoría en la intervención directa de los usuarios con los órganos jurisdiccionales. Consecuentemente, la asistencia jurídica es aquella función que supone poner al alcance de la comunidad y concretamente de los más necesitados, los instrumentos que están a disposición de los funcionarios y profesionales ligados a la administración de justicia, para acceder globalmente al sistema legal general.

Entonces, asistencia jurídica puede definirse como los servicios de orientación, representación ante diversas instituciones, mediación de conflictos y servicios de representación judicial en acciones civiles y criminales, respondiendo a la necesidad de acceso a la justicia de los más pobres.

En ese sentido, la asistencia jurídica debiese comprender:

- 1) La asistencia administrativa; que significa representar a los usuarios del sistema ante los órganos de la administración.
- 2) Asistencia de comunidades; cuyo objetivo es el soporte de las minorías o grupos no organizados,
- 3) Asistencia legislativa; representación ante el poder legislativo en la formación de la ley.
- 4) Asistencia preventiva; Apoyo en la gestión de escrituración y formación de contratos.

- 5) Asistencia en educación legal; divulgación y conocimiento de las normas jurídicas.
- 6) Asistencia sindical; cuya finalidad es representar los intereses de los sindicatos.
- 7) Asistencia judicial propiamente tal.²³

6.- Bien público Justicia.

Por bienes públicos, en concepto de la teoría económica, deben comprenderse “aquellos bienes cuya existencia provoca beneficios indiscriminados al conjunto de la población con prescindencia de si ésta se muestra o no proclive a pagar por ellos”.²⁴ Por ejemplo una carretera, un puente, un puerto tienen un elemento de bien público, ya que generan beneficios no sólo para los que directamente hacen uso de ellos sino que además para otros sectores, de manera que parece justificable que estos sean financiados colectivamente y que estos fondos, con origen principalmente de recaudación tributaria, sean organizados por el Estado, especialmente en aquellas áreas en donde no existan suficientes incentivos para que los privados los generen por sí mismos.

El Estado asumiría una función particular en la producción de esta clase de bienes con la finalidad de generar un bienestar generalizado entre sus ciudadanos.²⁵

²³ Estas categorías de asistencia jurídica son distinguidas por Davor Harasic Yaksic en un artículo denominado *La Asistencia Jurídica y el acceso legal de los pobres al sistema legal* publicado en AYLWIN OYARZÚN, MIGUEL *Justicia y sectores de bajos ingresos*, Editorial Ediar-Conosur Ltda., Centro de Estudios del Desarrollo, 1988, Santiago de Chile, págs 178-179.

²⁴ PEÑA G. CARLOS, *Seminarios Sistemas Contractuales y estándares de Defensa Penal*, Centro de Documentación Defensoría Penal Pública, 2003, Santiago de Chile, pag. 17.

²⁵ Esto no significa que la justicia tenga una relación estricta con la identificación de bien público, ya que existen áreas donde esta categoría puede desvincularse a una obligación de generación fiscal de la justicia en todos sus procesos. Al respecto el profesor Carlos Peña G. Ha señalado que “ *es posible que en ocasiones la justicia se provea por el Estado, pero no se financie con cargo de renta general, o sea se produzca, si ustedes prefieren por el Estado pero no se financie con cargo de rentas generales...hay otros casos en los que si bien debe ser*

Luego, “la Justicia es un tipo de bien que es posible identificar como público, en donde cualquiera sea el nivel de producción, el costo marginal de suministrarlo a un consumidor adicional es igual a cero, y donde no es posible excluir a nadie de su consumo, por lo que es imposible cobrar a los individuos por su uso. En consecuencia, no es posible la exclusión y en principio no hay rivalidad en su consumo”²⁶.

Esta noción del bien público justicia debe asociarse necesariamente con la generación de este bienestar colectivo mediante la operación de un complejo mecanismo de órganos estatales, que intervienen como verdaderos agentes de producción, y que en definitiva son capaces de generar un producto de satisfacción general. Todo ello bajo el propósito de generar un “sistema judicial que entregue efectiva garantía, protección y reconocimiento de los derechos individuales de las personas, y que sea confiable y eficiente en la resolución de los conflictos, requisito básico de una sociedad bien ordenada.”²⁷

Este concepto de bien público justicia, como producto de una gestión de distintos agentes estatales, es de trascendental importancia en el momento de especificar quienes componen finalmente el grupo de usuarios de la asistencia judicial, ya que como consumidores de este bien, la forma de acceder a él, es a través de los mecanismos asistenciales subsidiados y además se debe tener en cuenta que bajo ningún respecto pueden en principio ser excluidos de la distribución de este bien.

financiada por el Estado, no debe necesariamente ser provista o producida por agentes estatales...Desde luego hay una amplia gama de asuntos, éstos que los abogados suelen denominar justicia civil y comercial , donde es perfectamente posible , e incluso eficiente, creo yo, introducir criterios de mercado, en particular un sistema de precios...Así pues la justicia no es un bien público puro y por lo mismo en principio no hay razones excluyentes para sostener que deba financiarse íntegramente con cargo de renta general”, “Sistemas Contractuales y estándares de defensa Penal”, Centro de Documentación Defensoría Penal Pública, 2003, Santiago de Chile, pag 18-19

²⁶ Extracto de VARGAS, PEÑA Y CORREA, “El rol del Estado y el mercado de la justicia”, cuadernos de análisis jurídico, seminarios nº 42, Universidad Diego Portales, 2001, Santiago de Chile.

²⁷ RHUDY R. “Acceso a la justicia: modelos de asistencia jurídica”, en Biebesheimer y Cordobés (editores). “La justicia más allá de nuestras fronteras; experiencias útiles para América Latina y El Caribe”. Banco Interamericano de Desarrollo, Washington D.C., EEUU.

En otros términos, para los usuarios de la asistencia judicial, el acceso al Bien público justicia tiende a identificarse en mayor medida con la asesoramiento judicial gratuito, lo que resalta la importancia de que éste se desarrolle bajo estándares mínimos de calidad.

CAPITULO II: EL DERECHO FUNDAMENTAL DE ACCESO A LA JUSTICIA Y ACCESO A DEFENSA LETRADA GRATUITA.

Como ya se señaló en el apartado anterior, la evolución de los derechos fundamentales y el reconocimiento que se ha hecho de ellos en los distintos textos constitucionales ha estado marcado por un desarrollo ascendente, en la medida que en cada etapa se han explicitado cada vez con una mayor precisión la esfera de resguardo a la dignidad humana que el Estado se obliga a proteger y promover.

En esta perspectiva, el Acceso a la justicia, como una herramienta fundamental para la protección funcional de los derechos sustantivos, implica que deben resguardarse por la autoridad pública los mecanismos a través de los cuales los ciudadanos puedan digna e igualitariamente acceder a la estructura jurisdiccional, que comprende tanto el acceso a los órganos jurisdiccionales como a los agentes de representación, sean estos privados o parte del aparato público, de manera de proveer lógicamente una satisfacción general del bien público justicia. Existe un compromiso constitucional a partir del precepto contenido en el artículo 19 n°3 inciso tercero que genera expectativas en los ciudadanos señalándoles que los derechos que sustantivamente han sido consagrados en el total del sistema jurídico van a ser

reconocidos judicialmente y sus titulares estarán debidamente representados ante los órganos de jurisdicción.

Este valor de Acceso a la justicia debe ser comprendido desde el principio fundamental de la Igualdad, respecto del cual debe concluirse que existe una lógica que va desde la premisa de la Igualdad ante la Ley, consagrado en el artículo 19 n°2, hacia el presupuesto de Igualdad ante la Justicia. En este sentido, don Enrique Evans de la Cuadra señala que “es una consecuencia de la igualdad ante la ley y con ella se pretende que todos quienes deban recurrir ante cualquier autoridad, incluyendo a los tribunales, de cualquier naturaleza, para la protección de sus derechos, se encuentren en un plano de igualdad jurídica, sin que existan privilegios o fueros especiales en razón de nacionalidad, raza, sexo, condición social, o situación económica y sin que sean admisibles discriminaciones arbitrarias, es decir odiosas, injustas o irracionales.”²⁸. Por lo tanto, no existe bajo este principio, ninguna razón que pueda justificar la denegación a la protección del derecho o una restricción al acceso al sistema basada en la selección caprichosa o inconsecuente de los usuarios.

Sin duda, que para poder examinar con mayor rigurosidad el contenido esencial de su consagración en la Constitución de 1980 de la Igualdad ante la Justicia en el área específica de este trabajo, es necesario identificar los elementos que configuran la garantía del Acceso a la justicia y a la Defensa letrada gratuita en la experiencia constitucional chilena.

²⁸EVANS DE LA CUADRA, ENRIQUE, Ob cit, pag 140.

1.- Breve análisis histórico de la garantía del Acceso a la Justicia en el ordenamiento jurídico chileno

a) La Constitución de 1818

Esta Constitución, denominada “Proyecto de Constitución Provisoria para el Estado de Chile”, gestada en el período de gobierno del Director Supremo Bernardo O’Higgins, contenía en el capítulo primero, en su título primero denominado “De los derechos y deberes del hombre en sociedad” un acercamiento a un decálogo de derechos fundamentales asegurados por este régimen. Sin embargo a lo largo de estos 17 primeros artículos no existe ninguna referencia a una garantía de asistencia letrada. Sin embargo, en el título V De la autoridad judicial, en el capítulo III De la Cámara de apelaciones, señalaba el artículo 25 lo siguiente:

“Deberá establecerse un juzgado de paz, y el ínterin lo será todo juez de primera instancia, que antes de darle curso, llamará a las partes y tratará de reducirlas a una transacción o compromiso extrajudicial; y poniéndose constancia de no haber tenido esta diligencia, sólo correrá la demanda.”

Se puede decir que al imponer a los jueces de instancia un trámite obligatorio de llamado a conciliación, previo al inicio de la contienda judicial, se tiende a librar preventivamente a las partes del costo económico del proceso, estableciéndose un mecanismo muy discreto de Acceso a la justicia por autocomposición. Podemos concluir entonces que no existía desde la perspectiva constitucional una garantía específica que asegurara la intervención de un representante letrado para las partes, sino que más bien un trámite procesal previo, propio de la economía procesal.

b) La Constitución de 1822

Promulgada el 30 de octubre de 1822. Sus artículos 190 al 197, en el capítulo III De los Jueces de Paz establecen un sistema de llamado a conciliación obligatorio, previo al inicio del juicio propiamente tal, que estaba a cargo de los Tribunales de la Concordia, especialmente formados para encargarse de este sistema de mediación, y cuya intervención era estrictamente necesaria antes de acceder a los tribunales ordinarios.

c) Constitución de 1823.

La denominada constitución moralista, de redacción de Juan Egaña volvía a establecer un trámite de conciliación a cargo de los Ministros de la Suprema Corte a quienes entregaba la atribución de juez conciliador en la capital según el artículo 149 nº9, además de establecer nuevamente el trámite de conciliación obligatorio previo a la consecución de un procedimiento en los tribunales de justicia.

Lo impracticable de las disposiciones fundamentales de esta constitución la hizo tremendamente impopular además de ser acusada políticamente de monárquica.²⁹

d) Constitución de 1828.

Redactada por Melchor de Santiago de Concha, y revisada por José Joaquín Mora, fue promulgada el 8 de agosto de 1828. Esta carta fundamental consagraba por primera vez un capítulo completo destinado a la explicitación de los derechos fundamentales. En el Capítulo III se realizó un decálogo organizado de los “Derechos

²⁹ Como ejemplo de la intención moralista el art. 249 de la Constitución de 1923 disponía: “*En la legislación del Estado, se formará el código moral que detalle los deberes del ciudadano en todas las épocas de su edad y en todos los estados de la vida social, formándole hábitos, ejercicios, deberes, instrucciones públicas, ritualidades y placeres que transformen las leyes en costumbres y las costumbres en virtudes cívicas y morales...*”

individuales”, que siendo el título de este apartado, anticipaba la redacción del resto de las libertades públicas reconocidas por el Estado. En el artículo décimo se hacía una declaración de los valores que inspiraban el resto de las garantías establecidas en el texto;

“La nación asegura a todo hombre, como derechos imprescriptibles e inviolables, la libertad, la seguridad, la propiedad, el derecho de petición, y la facultad de publicar sus opiniones”

e) Constitución de 1833.

Los derechos fundamentales estaban redactados en el Capítulo X titulado “De las garantías de la seguridad y propiedad”, y apuntaban especialmente a realizar una nueva declaración de libertad, en oposición a la esclavitud, y a la positivización de garantías procesales, especialmente en materias criminales. No había aún ningún signo de reconocimiento constitucional al derecho a la defensa judicial que fuera más allá de la garantía de la necesidad del juzgamiento legal.

Todo esto sin perjuicio, que en años posteriores, desde el plano legal, la dictación de la Ley de Organización y Atribuciones de los Tribunales, del 15 de octubre de 1875 estableciera un principio de mecanismos de asistencia judicial a través de la concreción del privilegio de pobreza y el sistema de abogados de turno. Anteriormente, la legislación histórica de origen español aplicable en Chile por su sistema de enjuiciamiento consideraba que **la asistencia legal era una gracia o concesión real, que estaba entregada a la generosidad de los abogados particulares, pero que bajo ningún respecto podía considerarse como un deber prestacional de la administración pública.**

f) Constitución de 1925

Nuevamente el Capítulo III es identificado con el establecimiento de las Garantías Constitucionales, título de esta sección. La mayoría de estos derechos están estructurados de manera numérica por primera vez, y son organizados desde un encabezado que prescribe

“art. 10 La Constitución asegura a todos los habitantes de la República:”

Notable resulta que por primera vez se consagre constitucionalmente el Recurso de Amparo en el artículo 16 como un mecanismo de Acceso a la justicia inmediato y absolutamente desformalizado, para remediar situaciones irregulares de afectación de la libertad personal.

Bajo la vigencia de esta Constitución y desde el área administrativa, el 31 de diciembre de 1929, por medio del Decreto N° 6.392 del Ministerio de Educación se estableció la obligación para los estudiantes egresados de la carrera de Derecho ingresar a los consultorios dependientes del Colegio de Abogados con el fin de realizar una práctica profesional judicial por un plazo mínimo de seis meses, como trámite obligatorio para obtener el título de abogado. Estos consultorios asistenciales se habían creado previamente por Decreto Ley n° 406 el 19 de marzo de 1925, y reorganizado por la Ley 4.409 de 1928.

En esta normativa, de rango simplemente legal, se basó toda la estructura de asistencia judicial desde antes de la mitad del siglo XX en Chile, y en ella se obligaba a los Consejos Provinciales del Colegio de Abogados a crear y sostener estos consultorios de asistencia gratuita y fiscalizar la labor de estos abogados.

g) Acta Constitucional nº3 de 1976

Las Actas constitucionales “son decretos leyes dictados por la Junta de Gobierno en su ejercicio de su Potestad Constituyente, que tratan materias determinadas, con un carácter más orgánico, y que tienen la particularidad de modificar expresamente el texto vigente de la Carta del año 25, ya sea derogando capítulos completos de la Constitución o creando una nueva institución, como el Consejo de Estado.”³⁰

Ésta fue publicada el 13 de septiembre de 1976 como Decreto Ley nº 1.552, en el Diario Oficial nº 29.558-A y estableció los denominados derechos y deberes constitucionales. El gran aporte de este texto provisorio consistió en el reconocimiento de nuevos derechos constitucionales, que posteriormente serían reproducidos por la Constitución definitiva de 1980 en el Capítulo III, como lo fueron la explicitación del derecho a la vida, derecho a la información, a vivir en un ambiente libre de contaminación, derecho a la libertad provisional, derecho a indemnización por error judicial, entre otros. Además de ello, se logró una sistematización de los derechos tradicionales, una implementación del principio de subsidiariedad en materia de derechos de contenido económico social, una referencia explícita a los deberes constitucionales y una evidente ampliación de estos, como asimismo el establecimiento de una acción constitucional de protección en su artículo segundo a fin de otorgar un resguardo a aquellos derechos conculcados que necesiten una medida cautelar urgente.

En su capítulo primero, denominado De los derechos constitucionales y sus garantías , en su artículo 1º nº 3, inciso 2º consagró el derecho a la defensa jurídica y el ámbito de protección para la intervención profesional, y en el tercer inciso se señala que por ley se establecerían los mecanismos para otorgar el asesoramiento y la defensa jurídica a quienes no puedan proveerlos por sí mismos:

³⁰ VERDUGO MARINKOVIC, MARIO: PFEFFER URQUIAGA, EMILIO; NOGUEIRA ALCALÁ, MARIO, Ob. cit, pág. 58

“Artículo primero. Los hombres nacen libres e iguales en dignidad. Esta Acta Constitucional asegura a todas las personas:

nº 3- La igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos.

Toda persona tiene derecho a defensa jurídica y ninguna autoridad o individuo podrá impedir, restringir o perturbar la debida intervención del letrado si hubiese sido requerida. Tratándose de los integrantes de las Fuerzas Armadas de Orden y Seguridad, este derecho se regirá en lo concerniente a lo administrativo y disciplinario por las normas pertinentes de sus respectivos estatutos.

La ley arbitrará los medios para otorgar asesoramiento y defensa jurídica a quienes no puedan procurárselos por sí mismos...”

Puede decirse entonces que por primera vez en la historia constitucional aparece la garantía de la Igualdad en el Acceso a la justicia y Acceso a defensa letrada con un reconocimiento explícito en la letra de un texto constitucional.³¹

2.-Discusión en la Comisión Redactora de la Constitución de 1980.

El principal debate en la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución (CENC) respecto al establecimiento y redacción de esta garantía se desarrolló en la sesión nº 100, el 6 de enero de 1975. A continuación se expondrá una selección editada de los instantes de discusión realizada en la comisión redactora. La transcripción original ha sido fragmentada de manera de poder demostrar sólo aquellos pasajes más

³¹ En el mismo sentido; BALMACEDA JIMENO, NICOLAS, *Acceso a la Justicia para los pobres: La Modernización pendiente*, Tesis de pregrado, Facultad de Derecho Pontificia Universidad Católica de Chile, Profesor guía Andrés Chadwick Piñera, 1996, Santiago de Chile, pág 16

representativos de aquella que dicen relación con el debate específico de esta garantía.³²

“El señor Ortúzar (Presidente) declara, en el nombre de Dios, abierta la sesión.

Expresa en seguida, que corresponde seguir ocupándose en el capítulo relativo a las garantías constitucionales, y en especial de la garantía relacionada con la igualdad ante la justicia, respecto de la cual el señor Silva Bascuñan ha formulado una indicación para que ella se establezca en los términos que propone, en el que sería el nº 3 del nuevo artículo 17 (19). Señala que dicha indicación que ha sido distribuída a todos los miembros de la Comisión, tiene el siguiente texto:

“La Constitución asegura a todos los habitantes de la República:

3º La igual protección de la ley en el ejercicio de los derechos y en relación al castigo de sus infracciones.

Toda persona tiene derecho a recurrir a asesoramiento de abogado y ninguna autoridad o individuo podrá impedir o perturbar la debida intervención del letrado.

Corresponde al Estado otorgar asistencia jurídica a quienes para hacer efectivos los derechos que las leyes les reconocen, no puedan prestárselas por si mismos...”

Prosigue la exposición del señor **Silva Bascuñan** de la siguiente manera:

³² Los destacados y subrayados son del autor de este trabajo.

“Expresa que el inciso segundo de su proposición ya estaba realmente anunciado en un debate que se originó en esta Comisión en presencia del ex Ministro e Justicia señor Gonzalo Prieto, oportunidad en la que se manifestó que la Constitución sería tan respetuosa de la profesión de abogado que la elevaría a rango constitucional el derecho y, por lo tanto, la obligación, cuando corresponda, a la intervención de los abogados, intervención que debe tener mucha amplitud en todo el panorama del ejercicio de los derechos y del castigo de las infracciones, no sólo en el aspecto puramente judicial, sino en la vastedad de lo jurídico, o sea , en todo aquello atinente a la vivencia del derecho formulado en la norma, en cuanto a su ejercicio y a sus sanciones. Añade que éste es el sentido del inciso segundo del número propuesto, el cual es altamente satisfactorio para quien ostenta en derecho el título de presidente del Colegio de Abogados.

Manifiesta en seguida, que el inciso tercero la expresión “Corresponde al Estado otorgar asistencia jurídica...” está formulada en los mismo términos en que había sido ya aprobada en la tramitación de algunas reformas constitucionales y le parece que fue en la primera de las presentadas en el año 1965-que quedó pendiente en el Senado en segundo trámite constitucional- donde estaba colocado este inciso en los términos mencionados.

Posteriormente el señor **Evans** continúa el debate respecto a la precisión de la redacción de esta garantía:

“En cuanto al inciso segundo, señala que concuerda con su texto y no tiene observaciones fundamentales que formular, salvo, tal vez, la de sustituir la expresión “perturbar” por “restringir”, con lo que la oración respectiva quedaría redactada en la siguiente forma “...y ninguna autoridad o individuo podrá impedir o restringir la debida intervención del letrado”. Considera que el vocablo “restringir” comprende la perturbación y cualquier otro acto, que no necesariamente puede ser de perturbación,

que limite de alguna manera la intervención del abogado que está asesorando a quien lo solicita.

Respecto al inciso tercero, manifiesta que no le agrada la redacción “Corresponde al Estado otorgar asistencia jurídica ...” porque estima que el día de mañana puede dar margen a que se sostenga que la asistencia judicial que hoy brindan el Consejo General del Colegio de Abogados y los Consejos Provinciales de la Orden, su fiscalización y su funcionamiento, deben ser realizados por el Estado a través de un servicio público, tentativa que ya tuvo lugar antes y durante el régimen de la Unidad Popular. Recuerda al respecto que el señor Silva Bascuñan debe tener presentes los esfuerzos que debió desplegar para convencer a algunos estatistas de la asistencia judicial, de la inconveniencia de privar al Colegio de Abogados de la tuición sobre esta importante tarea colectiva, y de entregarla a un servicio público que evidentemente, sería politizado el día de mañana, desconociéndose los objetivos o finalidades para los cuales se iba a prestar la asistencia judicial y discriminándose acerca de a quienes y porqué razón les sería prestada o denegada.

Indica que por este motivo, sin desconocer la necesaria intervención del Estado, especialmente cuando debe otorgar recursos, prefiere una redacción que exprese: “Corresponde al Estado arbitrar los medios para otorgar asistencia jurídica...”, pues en esta forma queda salvado el precepto, ya que no contiene una disposición que aparece como nítidamente estatista al tenor de la redacción propuesta, y permite una flexibilidad apreciable en cuanto al funcionamiento de los servicios de asistencia judicial que pueden quedar en manos del Colegio de Abogados, o, paralelamente, de la asistencia judicial que pueda brindar el Estado a través de servicios especializados, como se lleva a efecto en la actualidad, por ejemplo, en materia de aplicación de la ley de Arrendamiento.”

La discusión respecto al inciso segundo del artículo 19 nº3 es retomada por el señor **Silva Bascuñan** de la siguiente forma:

“Añade que en cuanto se refiere a sustituir en el inciso segundo el vocablo “perturbar” por “restringir”, le parece que es más adecuado “perturbar” o, en todo caso, le agradaría más incluir los dos términos: “restringir o perturbar”, por cuanto el vocablo “perturbar” atañe más a una cuestión práctica, pues en el hecho, no en el derecho, donde se altera la intervención del letrado, por lo cual a su juicio, el término restringir no es suficientemente condenatorio de todo movimiento de hecho que perturbe, y en consecuencia, se podrían consignar ambos vocablos con el fin de dejar bien establecida la intención del constituyente respecto de este precepto, quedando la frase con la siguiente redacción “...y ninguna autoridad o individuo podrá impedir, restringir o perturbar ...”

Respecto del inciso tercero, hace presente que su propósito fue simplemente hacer una transcripción de lo propuesto por el Presidente Frei en el proyecto de Reforma constitucional de diciembre de 1964, y le parece que la diferencia existente con el texto que él ha propuesto puede provenir de un simple error de lectura o de alguna enmienda introducida por la Cámara de Diputados, porque él transcribió la frase contenida inicialmente en ese proyecto, pero en todo caso, le parece mejor emplear el término “procurársela” en lugar de “prestársela”, con lo cual la frase respectiva quedaría con la siguiente redacción: “...no puedan procurársela por sí mismos”.

En cuanto a concierno la expresión “Corresponde al Estado otorgar asistencia jurídica...” del inciso tercero, concuerda con el señor Evans y la sugerencia que ha formulado, y agrega que en todo momento ha sostenido, como presidente del Colegio de Abogados, que éste desarrolla la función de defender a las personas desprovistas de recursos, en virtud de una delegación del Estado, puesto que dicha entidad es una persona jurídica de derecho público que está realizando una función propia del Estado, por lo que, en principio, no observaba ningún inconveniente o contradicción constitucional al preceptuar que “corresponde al Estado” prestar asistencia jurídica a quien no esté en condiciones de proporcionársela por sí mismo. Insiste en que no advierte ninguna contradicción en principio, en este aspecto con relación a la práctica y la continuación del régimen actual que entrega al Colegio de

Abogados, persona jurídica de derecho público, la realización de un servicio de asistencia judicial, porque forma parte integrante del Estado, si acaso se concibe en toda amplitud de su ordenamiento jurídico.

Añade que prefiere la sustitución propuesta por el señor Evans, por cuanto existe inclinación en muchas mentalidades, incluso ilustradas, a confundir al Estado con el Gobierno, y a pensar que cada vez que se otorgan atribuciones al Estado, se están concediendo a quienes accidentalmente, en forma transitoria, se encuentran, en un momento histórico, a cargo de la instrumentación jurídica gubernamental, que integra, a su vez, el Estado.”

El comisionado **Ovalle** interviene desde una particular perspectiva:

“Agrega que, en general, está de acuerdo con las ideas propuestas, pero estima, sin embargo, que algunos conceptos debieran ser abordados desde otro punto de vista, y otros no deben estar consignados en la Constitución, de acuerdo con el criterio que ha sostenido en forma permanente en la Comisión...

Expresa que respecto al inciso segundo, que prescribe : “Toda persona tiene derecho a recurrir a asesoramiento de abogado...”, tuvo dudas en cuanto a consagrarlo en la Constitución, por lo que ha estado meditando largamente sobre ese precepto, y reconoce que, como consecuencia de esa reflexión, ha llegado a la conclusión de que es de fundamental importancia dejar constancia constitucional de este derecho. Señala que no se trata de una deformación profesional ni de dignificar la carrera universitaria de abogado, sino reforzar la protección de los derecho, para que esta protección sea defendida adecuada y eficazmente por quien debe prepararse para ello, porque no considera esa debida protección si el desarrollo de la defensa no es llevado por quien sea apto para esa labor, por lo cual dicho precepto cuenta con su aceptación.

Agrega que sólo desea pronunciarse acerca de los términos en que dicha protección debe estar consagrada, y manifiesta que al revisar el precepto indicado le

parece que no es asesoramiento lo que proporciona el abogado al lego, sino asistencia, pues el abogado asesora a otro o a un cuerpo colegiado, pero a quien está afectado en sus derechos lo protege, lo asiste, lo ayuda, o lo representa, razón por la que él expresaría: "Toda persona tiene derecho a recurrir a la asistencia de un abogado..." o "...de ser asistida por un abogado...", asistencia que ninguna autoridad puede impedir-tiene razón el señor Silva Bascuñan- ni restringir, como lo ha manifestado el señor Evans. Añade que concuerda con el señor Silva Bascuñan en que la intervención del letrado no puede ser perturbada de modo alguno, aunque ello no implique una restricción formal, por lo que le parece acertado emplear los tres términos propuestos-impedir, restringir, perturbar-, porque la idea debe quedar enfáticamente consagrada: la intervención y la asistencia del letrado no puede ser impedida ni perturbada como tampoco restringirse sus consecuencias, impidiéndole el acceso al abogado al lugar en que ese acceso resulta indispensable para una adecuada asistencia.

Tocante al inciso tercero, declara que es partidario de su eliminación, por cuanto, si indiscutiblemente existe un mandato, derivado del inciso segundo, en orden a que toda persona tiene derecho a obtener la asistencia de un abogado, es lógico que el Estado o los colegios profesionales tienen el deber proporcionar esa asistencia para que la persona esté en condiciones de ejercer su derecho. Agrega que no consignaría ese inciso en la Constitución porque, al hacerlo, se está facilitando, aunque no se desee, ni se expresa, ni se pretenda, la estatización de esta asistencia, motivo por el que prefiere dejar esta materia al libre juego de una comunidad que se va a mover soberanamente, ya que es posible que sea el Estado, el Colegio de Abogados u otras entidades los que establezcan organismos de asistencia jurídica y parece aconsejable no señalarlo como un deber del Estado, sino dejarlo al libre juego del desarrollo comunitario."

3.- Redacción contemporánea de la garantía del artículo 19 nº 3 incisos segundo y tercero.

Puede decirse que el trabajo de la CENC estableció una relación interna entre los incisos segundo y tercero de este numerando tercero, por lo que hace necesario un tratamiento conjunto de sus disposiciones.

Finalmente la Comisión redactora obtuvo un resultado muy cercano a los términos en que en 1976, a través del Acta Constitucional nº 3, se expresaron en el artículo 1º nº 3. Existen algunas diferencias de precisión y condiciones de ejercicio, pero el contenido esencial no ha sido reformulado por el texto final de la Constitución de 1980. Así entonces, el ámbito de derecho a defensa no sufrió modificaciones importantes más que señalar que el derecho a la defensa debe ser ejercido “en la forma que la ley señale”, generando un reenvío legal a la determinación de los medios formales en el cual esta garantía deberá ejercerse. Respecto al inciso tercero, en donde se establecen los mecanismos de asistencia subsidiada no tuvo cambio alguno.

Señala la actual disposición constitucional en sus tres primeros incisos:

“Art 19 La Constitución asegura a todas las personas:

nº3: La igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos

Toda persona tiene derecho a defensa jurídica en la forma que la ley señale y ninguna autoridad o individuo podrá impedir, restringir o perturbar la debida intervención del letrado si hubiere sido requerida. Tratándose de los integrantes de las Fuerzas Armadas y de Orden y Seguridad Pública, este derecho se regirá, en lo concerniente a lo

administrativo y disciplinario, por las normas pertinentes de sus respectivos estatutos.

La ley arbitrará los medios para otorgar asesoramiento y defensa jurídica a quienes no puedan procurárselos por sí mismos.”

Pues bien, respecto al segundo inciso del numerando tercero podemos señalar, en primer lugar, que el texto actual de la Constitución reconoce el derecho a todos los habitantes de la República a solicitar y acceder a la intervención de un letrado para la representación de sus derechos y que debe admitirse no sólo en gestiones propias de los órganos jurisdiccionales, sino ante cualquier agente de autoridad pública.³³ Esta actuación del profesional según los términos expresados en este inciso, y de lo que puede extraerse de la historia fidedigna y de las discusiones de la comisión redactora previamente citada, no puede bajo ningún respecto ser restringida u obstaculizada, bien por trabas jurídicas o por actuaciones de hecho que provengan de particulares o de la entidad pública. Asimismo, lo que se trata de garantizar es que esta intervención profesional no se restrinja solamente a lo judicial contencioso, sino que “la actuación del letrado en todo asunto y ante toda potestad ante la cual se haga valer un derecho o se reclame de la conculcación de un derecho.”³⁴

Durante las sesiones nº 101 y nº 103 de la CENC, se dejó constancia de las exposiciones que precedieron a la redacción final del término “defensa” explicitado en la garantía:

“El señor Silva Bascuñan explica que la intervención del letrado que se quiere consagrar es toda la asistencia jurídica en la vivencia de la ley; no sólo en relación al

³³ En la sesión nº 103 de la CENC, don Sergio Diez señaló que en su parecer el concepto de “defensa” implicaba asumir patrocinio y representación del defendido. El asesoramiento o asistencia se puede traducir como consejo, recomendación o informe que se entrega a una persona.

³⁴ EVANS DE LA CUADRA, ENRIQUE, Ob. cit. Pag. 142.

proceso, sino en relación a todas las consultas, a toda labor propia del abogado, a la actividad administrativa.”

“Prosigue el señor Evans diciendo que en el inciso segundo empleó la expresión defensa y asesoramiento, y el señor Silva Bascuñan propone las palabras asesoramiento y asistencia. Agrega que tiene la impresión de que el concepto defensa es más amplio y que permitirá o puede permitir una intervención más eficaz del letrado, porque asistir y asesorar son términos sinónimos según el diccionario. En cambio el concepto defensa implica una labor activa del abogado, que requiere compenetrarse de los antecedentes: entrevistarse y estar en contacto con su defendido y hacer valer los derechos de éste.”

De esta forma, va a existir siempre un “**ámbito de defensa**”³⁵ como el espacio reconocido y dotado de invulnerabilidad absoluta, que es elevado por primera vez a la jerarquía de un derecho constitucional de definición expresa. Se traduce en términos prácticos en que, por una parte, cualquier persona que requiera del consejo o guía de un letrado no pueda ser impedido de ella en ninguna de las etapas de asistencia o representación por circunstancias de hecho que obstaculicen o distorsionen esa relación, y por otro lado se genera una prohibición a que la ley, en cualquiera de sus formas jurídicas, perturbe esa intervención profesional.

La expresión utilizada en este inciso segundo señala “**Toda persona tiene derecho a defensa jurídica en la forma que la ley señale...**” es indicativo de que el acceso a defensa letrada está reconocida con rango constitucional, y que además hay un mandato al legislador para que este determine con mayor precisión cuales serán los mecanismos que considere adecuados para que opere esta representación, pero que en ningún caso puede realizar reinterpretaciones o reformulaciones desde la simple legalidad al núcleo de esta garantía. Se trata en este caso, según la propia letra de la Constitución, de un reenvío al legislador para que arbitre las formas, los

³⁵ Actualmente el término “*ámbito de defensa*” está expresamente regulado como un principio inspirador del nuevo Código Procesal Penal, prescrito en el artículo 8, del Libro Primero, que identifica el derecho de acceso al defensor letrado desde la primera actuación que se dirige en contra del imputado. Lo que existe en este artículo es una precisión legislativa de esa esfera de intervención.

procedimientos a través de los cuales va a ejecutarse esta asesoría; sin embargo, en concordancia con una interpretación garantista, no es bajo ningún respecto una habilitación para que el legislador imponga barreras a esta actuación profesional, sea que se efectúen en el área forense, sea que se den en el aparato administrativo. “De ahí que junto con elevarse a rango constitucional el derecho que tiene toda persona para contar con asistencia letrada, se asegura a los abogados plena libertad para el desempeño de sus tareas”.³⁶ Más adelante volveremos al análisis pormenorizado del concepto de contenido esencial de los derechos fundamentales y la legitimación del reenvío al legislador para la determinación legal de la garantía establecida.

Respecto a la expresión “debida intervención del letrado”, es necesario precisar que esta actuación, en opinión de los profesores Enrique Evans de la Cuadra, Mario Verdugo y Emilio Pfeffer, debe relacionarse a un proceder pertinente y respetuoso, y estar enmarcado en los procedimientos especiales que hayan sido determinados por la ley, o bien bajo un procedimiento ordinario que pueda adaptarse a las exigencias de defensa de derechos que hayan sido limitados o desconocidos. El término expuesto habría encontrado su justificación en que para la Comisión Redactora suponía ex ante la presencia de una norma reguladora de esta intervención.(entendido en lo expuesto en la sesión nº 112.). En opinión del profesor José Luis Cea Egaña esta expresión de la Constitución “fue introducida por la Comisión de Estudio a proposición de don Enrique Evans para darle rango constitucional al sumario en el proceso penal, el cual es secreto. Con el objeto de proteger la confidencialidad del sumario, en efecto se acordó reconocer en la Constitución algunos límites a la defensa jurídica. Pero era muy fuerte decir secreto del sumario. Hubo consenso en emplear el eufemismo debida intervención del letrado. El secreto del sumario tiene, entonces apoyo en esta norma constitucional y se encuentra regulado en los art. 80 y 104 del C.P.P.”³⁷

El profesor Cea Egaña señala además que “leemos que la intervención del letrado debe ser respetada si hubiese sido requerida. No dice la disposición quien debe

³⁶ VERDUGO MARINKOVIC, MARIO; PFEFFER URQUIAGA, EMILIO; NOGUEIRA ALCALÁ, MARIO, Ob Cit pág 219.

³⁷ Cea Egaña, José Luis, *Curso de Derecho Constitucional, Tomo II, Derecho, deberes y garantías constitucionales*, apuntes de cátedra, Pontificia Univ. Católica de Chile, 1999, Santiago de Chile, pág 70.

requerir dicha intervención, de lo que se deduce que la Constitución deja abierta la posibilidad que cualquier sujeto capaz pueda defender a un tercero, abriendo así, como es debido, la acción popular o pública en defensa, especialmente de los derechos humanos”³⁸

El rol del inciso tercero del artículo 19 n°3 de la Constitución es nuestro principal asunto de examen. Sin duda que al haber precisado de forma muy escueta, los trascendidos del ámbito de defensa asegurado por la Constitución en el inciso segundo, se ha podido enmarcar esta esfera o espacio de acción profesional. Pero el sentido evidente de este tercer inciso, que es una novedad en la historia constitucional³⁹, es establecer un derecho fundamental a obtener o alcanzar efectivamente una defensa jurídica en el más amplio de sus sentidos. El progreso de la positivización de los derechos fundamentales se hizo patente en el establecimiento de esta garantía que dice relación con aspectos funcionales del debido proceso. Además se debe considerar que fue explicitado en términos comprensivos del asesoramiento jurídico, y por otra la defensa judicial, ampliando el espectro de la labor profesional.

“Se vincula esa disposición no sólo a la defensa jurídica, pues agrega el derecho a asesoría en la misma materia. La disposición en examen tiene un claro sentido social, referente al acceso a la justicia de las personas que gocen de privilegio de pobreza.”⁴⁰ El trabajo del profesional letrado no está limitado a la intervención exclusiva ante el órgano jurisdiccional, como si sólo estuviese reconociendo este derecho a reacción frente a un procedimiento judicial, sino que explícitamente está garantizando que esta actividad va a extenderse a gestiones que están fuera de la actividad judicial.

El hecho de que se haya consignado el término “los medios para otorgar asesoramiento y defensa jurídica” no es producto de una redacción caprichosa de la Constitución. Esto hace lógica con lo expuesto anteriormente si se relaciona al inciso 2° del artículo 19 n°3, en la cual se describe al ámbito de resguardo a la labor del

³⁸ Cea Egaña, José Luis, *Ob Cit*, pág 71

³⁹ Considerando que la garantía establecida en el Acta Constitucional n°3, en su artículo 1° n° 3, inciso 2, tenía adscrita una natural inestabilidad como consecuencia del carácter transitorio.

⁴⁰ Cea Egaña, José Luis, *Ob Cit*, pág 73.

abogado. “Aclaremos que el término asesoría se refiere a la fase preparatoria del proceso, al estudio de los antecedentes para plantear una acción o defensa correcta. Fácil es comprender que esta etapa preliminar es, casi siempre, decisiva para el éxito o el fracaso de la etapa siguiente, es decir, la que se desenvuelve ya en el proceso propiamente tal”⁴¹

Por otro lado, si ha sido una decisión del constituyente diferenciar estos dos campos de acción profesional, por un lado la asesoría y por otra la defensa jurídica, tenemos que entender que esta derivación a la ley para la creación de estos mecanismos de asistencia profesional a quienes no cuentan con los medios económicos suficientes para costearlo, debe intrínsecamente ser capaz de cubrir estos dos ámbitos de asistencia. Si nos encontramos en el escenario real de que el sistema es incapaz de proveer una labor subsidiada que sea satisfactoria, al menos en lo cuantitativo de esta garantía, es decir, cuantos casos pueden ser amparados por el sistema, deberíamos hacer juicio del establecimiento de este derecho, y reconocer luego su debilidad sustantiva. Entonces el sentido de esta norma sería de carácter programático, y que más que el reconocimiento de un derecho fundamental, estaríamos observando derechamente un discurso político, y en definitiva, una declaración pública de buena voluntad.

No podemos por lo tanto conformarnos en nuestra realidad contemporánea con exámenes referenciales de este derecho, sin reconocer contenidos realmente valiosos en ella y dando por satisfechos las exigencias de la propia Constitución por el sólo hecho de ordenar la creación de un sistema asistencial. Esa falta de identificación del sustrato del derecho fundamental se evidencia en quienes formulan que la satisfacción de éste se cumple a través de las Corporaciones de Asistencia Judicial que atienden gratuitamente a quienes obtienen privilegio de pobreza, labor que se fundamenta, en la práctica, en la obligación de los postulantes al título de abogado de realizar una

⁴¹ Cea Egaña, José Luis, *Ob Cit*, pág 73

práctica forense gratuita durante seis meses, que además está ordenada por una norma de carácter administrativo.⁴²

No resultaría justo que desde la programación del sistema se pudiera encontrar satisfecha el amparo de esta garantía por un mecanismo simplemente legal, que a la vez encuentra su justificación en otra necesidad legal que establece una carga específica para ciertos ciudadanos, y que por otro lado no nos permita encontrar niveles de contenido de estas prestaciones. Esto debe entenderse desde la perspectiva de la naturaleza de esta norma, que no puede simplemente generar una expectativa de **Defensa letrada** y luego no hacerse cargo de un mínimo de calidad con que esta finalmente se entrega. Resulta francamente chocante, intentar asociar la necesidad del Estado de otorgar asesoría jurídica como una garantía pública y la obligación que tienen los egresados de Derecho de realizar una practica profesional, como una especie de compensación sistémica y suficiente que permite retroalimentar el aparato de subsidio profesional. Tal formulación sería consecuencia de realizar una interpretación utilitarista del sistema público. Esta secuencia argumentativa no tiene sentido, ya que de verdad significa intentar darle un contenido a este derecho fundamental desde el plano de la legalidad, cuando dicha operación debería ser la inversa: que desde la garantía constitucional se debieran extraer los elementos que permitan darle sentido a la norma legal.

Sin embargo, y como hemos señalado anteriormente, el progreso ascendente de los derechos fundamentales, el reconocimiento internacional de los Derechos Humanos, junto con la generación de mecanismos públicos para la concreción de estas garantías individuales, han permitido en un área muy específica de nuestro sistema chileno generar un dispositivo eficaz en la satisfacción del contenido jurídico del artículo 19 n°3; el establecimiento por vía legal de la Defensoría Penal Pública como órgano encargado de la representación y asistencia de los imputados en el nuevo sistema de enjuiciamiento criminal de nuestro país. Desde la perspectiva de nuestros días, a comienzos del siglo XXI, la instalación de estos mecanismos permite a

⁴² En ese sentido; EVANS DE LA CUADRA, ENRIQUE, Ob cit, pag 142, y VERDUGO MARINKOVIC, MARIO: PFEFFER URQUIAGA, EMILIO; NOGUEIRA ALCALÁ, MARIO, Ob cit, pág 220.

nuestro sistema público sintonizar con los lineamientos de los Derechos Humanos a nivel internacional y con las políticas públicas adoptadas por los Estados modernos a través de las cuales se asumen responsablemente la garantías de generar una defensa asistencial eficaz y profesional.

Bajo estas premisas, comparto la explicación del profesor Alex Carocca Pérez en la explicación de la generación del servicio de la Defensoría Penal Pública, y de la necesidad de adaptar un sistema de asesoría profesional en estas materias:

“En Chile, el derecho a la defensa y en especial a la defensa letrada en estos términos aparecen reconocidos expresamente en el art. 19 n°3 inciso 2 de la Constitución vigente, reconocimiento que se extiende a la defensa técnica para todos aquellos que no pueden procurárselos por sí mismos, a lo que se han de agregar los preceptos contenidos en los Pactos Internacionales sobre Derechos Humanos, todos los cuales reconocen el a la defensa letrada y son directamente aplicables en Chile por mandato del art.5° de nuestra Ley Fundamental.

Este mandato constitucional e internacional, ha exigido la instalación de un nuevo sistema para proveer de defensor a todas las personas que no dispongan de abogados en el marco del nuevo sistema acusatorio, ya que los anteriores “abogados de turno” y los egresados de derecho haciendo su práctica profesional en las cuatro Corporaciones de Asistencia Judicial que existen en el país no podían satisfacer tales exigencias constitucionales, porque no aseguraban que el imputado fuera a contar con un abogado propiamente tal, ni mucho menos que éste fuera a poder efectuar gratuitamente una defensa de calidad, ni tampoco podía contar con un respaldo institucional a nivel nacional, necesario para hacer frente a los fiscales del Ministerio Público. En definitiva, con estos atrasados modelos de defensa de oficio, lo que hacía el Estado era transferir su propia obligación a los abogados particulares, expropiándole ilegalmente parte de su jornada de trabajo, y por consiguiente, entregándole a los imputados que lo requerían , las personas más pobres del país, una prestación profesional que no pasaba de ser un acto de caridad.

Todo esto llevó a la creación de un nuevo organismo público, encargado de otorgar asistencia letrada a quienes no pudieran proporcionársela por sí mismos, denominado Defensoría Penal Pública...”⁴³

En definitiva, la reformulación del sistema del procedimiento penal en nuestro país ha generado elementos sustanciales que han repercutido en nuestro ordenamiento jurídico y nos legitima en la actualidad para realizar una interpretación contemporánea a la disposición constitucional del artículo 19 n° 3, en sus incisos 2 y 3 en el marco de un panorama internacional en donde los Derechos Humanos han adquirido una función directriz en la formulación de las políticas públicas de los Estados. Por lo tanto, no sólo principios de subsidiariedad o de compromiso social del Estado puede ser suficientes, sino que también deben sumarse a ellos los criterios de **“defensa técnica y profesional”**, y por otro lado un servicio de **“calidad homogénea”** y que forman parte, en mi opinión, del contenido de este derecho.

4.- Naturaleza y contenido esencial del derecho fundamental

En los siguientes apartados se realizará un desglose progresivo del contenido de la norma del artículo 19 n° 3 inciso tercero; un análisis que permitirá identificar los elementos estructurales internos de esta garantía y permitirá observar como se conecta al resto del sistema de garantías reconocidas en la Constitución, para finalmente observar como se dirigen sus contenidos a la configuración legal y administrativa del sistema asistencial.

⁴³ CAROCCA PÉREZ, ÁLEX, *El nuevo sistema Procesal Penal*, Editorial Lexis Nexis, 3 edición, 2005, Santiago de Chile, págs 58-59.

a) Naturaleza del derecho:

La identificación de la naturaleza adquiere importancia para posicionar los mecanismos de protección que pueden aplicarse al amparo de este derecho, como así para el rol de promoción que tiene el Estado respecto de los derechos fundamentales. Esto por una parte permitirá determinar con precisión la procedencia de los instrumentos que la propia Constitución establece como herramientas jurídicas de control de constitucionalidad y de protección inmediata a sus valores esenciales, y como hemos señalado resultaría indicativo de las directrices a que todos los órganos del Estado están obligados en la generación del bien común y el deber de promover estas premisas fundamentales.

Resulta importante señalar que esta naturaleza tiene relación directa con lo que pueda comprenderse del contenido esencial del derecho, ya que a través de ello puede detectarse el núcleo que configura la distinción propia de esta garantía, aunque no se trata de categorías sinónimas ya que cumplen funciones distintas en la configuración del derecho.

La identificación de la naturaleza del Acceso a la defensa letrada es bastante compleja. Por una parte debemos comprender que estructuralmente está situada con las denominadas garantías jurisdiccionales que se explicitan en el artículo 19 nº3, lo que en ningún caso puede ser comprendido como una coincidencia azarosa, sino que debe darle una coherencia lógica en su interpretación constitucional. Pero por otra parte, no podemos desconocer que es un derecho de eminente carácter prestacional, y que fue consagrado y entendido así por el constituyente según los debates previamente expuestos, como un derecho dotado de un carácter social.

En primer lugar, comprender la identificación de este derecho fundamental como una garantía jurisdiccional significa encontrar una lógica unitaria en la composición del total del artículo 19 nº 3 de la Constitución. Al respecto los profesores Paulino Varas Alfonso y Salvador Mohor Abuaud han señalado lo siguiente:

“Los diversos preceptos del artículo 19 n°3 tienen algo en común. Algo que les otorga la unidad conceptual que hace posible su tratamiento o regulación bajo el mismo número dentro del artículo 19 n°3; a saber han sido todos concebidos en función de una persona, cualquier persona por el hecho de ser tal, que debe acceder a un tribunal e intervenir en un proceso, como actor o sujeto pasivo, haciendo valer una pretensión, o bien sólo defendiéndose. ¿Y qué buscan estos preceptos? Cada cual desde su propia perspectiva y especificidad, unido a los demás, contribuye a la configuración de un todo o una unidad normativa que se propone ofrecer a quienes deben intervenir en un proceso la seguridad de que, tanto de un punto de vista orgánico-procedimental como sustantivo, razonable y eficaz jurídicamente posible, en aras de los valores de justicia, libertad e igualdad en que se inspira nuestro régimen democrático constitucional y de acuerdo a los requerimientos de los principios de interdicción de la arbitrariedad y Estado de Derecho (artículos 1, 4, 5, 6, 7, 9, 19, 19 n°2 entre tantos otros, de la Constitución). Esa es, pues la finalidad genérica de las disposiciones del artículo 19 n°3.”⁴⁴

La intención del constituyente de establecer estos “**Derechos-garantías**” es crear una facultad específica que permite exigir en cada caso un deber de suficiencia por parte de la institucionalidad, y en consecuencia su transgresión permite activar los mecanismos de control para resguardar su eficacia, sean de tipo judicial, político, jurisdiccional-mixto o administrativos. Es evidente que la importancia en el establecimiento de esta categoría de derechos radica en que son conceptualizados como instrumentos al servicio de otros bienes o derechos que son los que en el fondo interesa proteger, de manera que lo valioso de ellos radica en su capacidad instrumental de representar estos derechos en un proceso jurisdiccional. Son “derechos” en primer lugar porque permiten demandar un beneficio o prestación determinada; y son “garantías” por que su establecimiento no tiene otro sentido que asegurar la adecuada protección de los derechos subyacentes al proceso y que buscan el respecto efectivo en el requerimiento a los tribunales.

⁴⁴ VARAS ALFONSO, PAULINO Y MOHOR ABUAUAD, SALVADOR, *Procedencia del recurso de protección frente a las disposiciones del artículo 19 n° 3 de la Constitución de 1980*, Revista Chilena de Derecho, Número Especial 1998, Pontificia Universidad Católica de Chile, Santiago de Chile, Pág 279

En consecuencia, si hay una relación lógica entre los diversos incisos del numerando tercero, cada uno de los preceptos consignados en él tienen un común denominador como derechos instrumentales dedicados a la protección jurisdiccional del resto de los valores fundamentales. Pero más allá de esta declaración general del sentido de este numerando, podemos encontrar una función específica para el inciso tercero, en relación al rol que cumple en el Debido Proceso

El derecho al debido proceso, como una garantía constitucional se explicita en el artículo 19 n° 3 inciso 5° de la Constitución;

“Toda sentencia de un órgano que ejerza jurisdicción, debe fundarse en un proceso previo legalmente tramitado. Corresponderá al legislador establecer siempre las garantías de un procedimiento y una investigación racionales y justos.”

“Podemos definirlo como el derecho de toda persona que hace valer una pretensión o defensa ante un órgano que ejerce jurisdicción a ser juzgada de acuerdo a un proceso previo, legalmente tramitado y en el marco de un procedimiento justo y racional. Los elementos que integran este concepto se reducen constitucionalmente a la existencia de un concepto proceso previo, un procedimiento establecido mediante ley y un procedimiento que además sea justo y racional”⁴⁵

Luego, el elemento de análisis que parece de significancia en esta argumentación dice relación con los elementos cualitativos de esta garantía: la justicia y la racionalidad. La opción de la CENC, fue la de no incorporar directamente en el texto de la Constitución los elementos que califican a un procedimiento judicial como tal, esto por razones de exhaustividad y el **riesgo producir un estancamiento** en el desarrollo de sus elementos. Sin embargo se dejó constancia en sus actas de los aspectos doctrinales que éste debería considerar, entre los que destaca la oportunidad para efectuar una adecuada defensa y rendir pruebas.⁴⁶ Sin duda este factor dice

⁴⁵ Varas Alfonso, Paulino y Mohor Abuauad, Salvador, Ob Cit, pág 287

⁴⁶ Consideró la CENC además como elementos esenciales doctrinarios sustantivos del racional y justo proceso; la notificación de la demanda y un término de emplazamiento razonable,

relación con los aspectos más técnicos que se desarrollan en un proceso, y que corresponden también en la necesidad de contar con asesoría letrada para poder enfrentar de forma eficaz un debate de fuerzas en un juicio jurisdiccional, de otra forma, significaría dejar espacios de indefensión.

Más aún, si vinculamos el establecimiento de estos derechos-garantía con aspectos de la doctrina de los Derechos Humanos consagrados a nivel internacional tendremos elementos indicativos más claros. Señalan los profesores Mohor y Varas que “Como los órganos del Estado deben respetar y promover no sólo los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana aseguradas por la Constitución, sino además, en los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentran vigentes (artículo 5, inciso 2º), las garantías mínimas de justicia y racionalidad anteriormente señaladas deberán entenderse complementadas con las que se consagran en tales tratados, aún cuando no se encontraran expresamente instuidas en la legislación procesal interna especialmente las siguientes...

5) Derecho a comunicarse con su abogado y ser asistido y defendido por él; derecho a ser informado del derecho a comunicarse con el letrado; derecho a que se le designe de oficio un abogado en caso de que el afectado no lo tenga o no se defienda y derecho a ser defendido gratuitamente si no se tienen medios económicos suficientes”⁴⁷

En segundo lugar, y en contraposición a lo expresado anteriormente, advertir de la naturaleza de este derecho como una garantía de carácter social tendría otros efectos. Lógicamente, la indicación de este inciso tercero tiene un evidente carácter prestacional, en la medida que impone la realización de una actividad asistencial para el Estado, y por lo tanto una necesaria asignación de recursos fiscales para la organización del servicio. De otro modo sería impensable que este sistema de subsidio fuera posible o entregado al altruismo de los abogados particulares.

bilateralidad de instancia, posibilidad jurídica de revisión de resoluciones y la dictación oportuna del fallo.

⁴⁷ Varas Alfonso, Paulino y Mohor Abuaud, Salvador, Ob Cit, pág 289

En esta línea el profesor José Luis Cea afirma: “La disposición en examen tiene el sentido de un derecho social, referente al acceso a la justicia de las personas que carecen de los recursos suficientes para hacer respetar sus atributos esenciales. El asunto se relaciona con el privilegio de pobreza, pero advertimos que no se agota en éste.”⁴⁸

En general, respecto al establecimiento de este tipo de derechos y el rol de promoción del Estado se puede señalar que “La satisfacción de los derechos sociales más que depender de la interposición de un recurso jurídico depende de los recursos financieros del Estado los cuales son limitados, y por lo tanto nada se saca con obligar al Estado a invertir si no hay dinero para ello”⁴⁹. En consecuencia, el grado de satisfacción de estas necesidades por el Estado siempre va a estar vinculado al suministro de capitales que sean supuestos por la política pública vigente en esas materias, sean estas en materia educacional, de salud pública, o bien en la examinada asistencia judicial.

Luego, si se identifica la naturaleza de este derecho con un carácter exclusivamente social, las alternativas de exigencia por parte de los ciudadanos y el nivel de satisfacción a esta necesidad sólo va a poder representarse en la posibilidad de asignar cierta cantidad de recursos a la organización del sistema de asistencia, y por lo tanto, sólo en la medida de que exista una decisión política administrativa de querer proporcionar activos fiscales a esta materia, podría garantizarse en la práctica la concreción de este derecho, lo que en definitiva es concluir que se trata de una norma de carácter programático. Lo que ocurre entonces es que se frustra el sentido final de la norma y este aspecto vital del debido proceso queda descompuesto.

La garantía establecida en el inciso tercero contiene sin duda algunos elementos que sugieren en principio y a primera lectura, el tratamiento de ella como un derecho de carácter prestacional, incluso en la medida que su configuración de carácter legal entrega una licencia muy amplia al órgano legislativo para la composición de las

⁴⁸ CEA EGAÑA, JOSÉ LUIS, *Derecho Constitucional Chileno*, Tomo II, Editorial de la Pontificia Universidad Católica de Chile, 2002, Santiago de Chile, pág 149.

⁴⁹ MOHOR ABUAUAD, SALVADOR, *Apuntes de clase de la cátedra de Derecho Constitucional*, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, año 2000, Santiago de Chile.

formas de asistencia jurídica, pero una interpretación lógica y sistemática de la ubicación de este inciso permite realizar una reflexión más profunda, y así obtener una respuesta coherente con todo lo expuesto anteriormente.

Se debe tomar una decisión en definitiva que permita identificar la naturaleza de este derecho, y que no diluya su categorización en alternativas de carácter mixtas o intermedias que sólo funcionan como ejercicio retóricos y de casi nula funcionalidad jurídica.

Si bien existen elementos inherentes en ella que permiten vincular esta norma a derechos de carácter social, por la referida actividad prestacional, que se traducen en la organización y financiamiento de un sistema asistencial, esos elementos forman parte de la estructura que es encargada constitucionalmente al trabajo legislativo, es decir, que existe un reenvío al trabajo parlamentario para que en esa sede se discutan y se generen las respuestas a la necesidad colectiva de asistencia jurídica, y es sólo en esta parte en que puede coincidir con la interpretación de que éste es un derecho de carácter social. Pero lo valioso y lo que trasciende finalmente del establecimiento de esta garantía a nivel constitucional, y en coherencia a las discusiones efectuadas en la comisión redactora, la doctrina internacional de los Derechos Humanos y el moderno concepto del Debido Proceso, es que se está en frente de una **garantía de carácter jurisdiccional**. No es coincidencia por lo tanto que haya sido tratada en el numerando tercero junto con el resto de estas garantías instrumentales que están concretadas en función de la protección efectiva del respecto de los derechos establecidas en el ordenamiento, como lo han expuesto los profesores Mohor y Varas. El rol entonces que toma el establecimiento del derecho a defensa letrada dice relación no con las expectativas sociales que la Constitución genera con la consagración de mecanismos subsidiados de defensa jurídica, sino que esencialmente con la **validez y la legitimidad de la composición de los procesos judiciales**.⁵⁰ Esta función garantista, es el sentido real que se ha desea exponer en este trabajo. Luego, los elementos que

⁵⁰ Esto está vinculado con lo que posteriormente se analizará a propósito de los mecanismos de protección establecidos a nivel legal respecto al acceso absoluto e inmediato de defensa profesional en los nuevos procedimientos penales y las consecuencias de su obstáculo o ineficacia.

vinculan a este derecho con aquellos derechos sociales pasan a un plano posterior que adquieren significancia con otro tipo de consideraciones distintas a la naturaleza del derecho.

Algo distinto, pero que complementa el examen precedente, es la identificación del contenido esencial del derecho fundamental, que se vincula a la remisión que hace la propia Constitución a la ley para la configuración final del derecho.

b) El contenido esencial de los derechos fundamentales. Suficiencia de la remisión normativa del artículo 19 nº3 inciso tercero. Reserva legal y constitucionalidad del reenvío legal a la potestad reglamentaria⁵¹

1) Conceptos de limitación y regulación como factores de determinación de los derechos fundamentales.

La eficacia directa de los derechos consiste en la capacidad de obligar a los poderes públicos y las personas particulares, sin necesidad de que existan otros factores que condicionen su ejercicio y ámbito de protección, y que resulta del deber de garantía y promoción de todos los órganos estatales respecto de los derechos fundamentales. Esta cualidad deviene del establecimiento en jerarquía constitucional, de su carácter de atributo de la dignidad humana, del límite del poder estatal, como asimismo de la obligación que tiene legislador de no afectar su contenido esencial. Sin embargo es preciso señalar que la Constitución sólo prefigura el derecho, determinándolo en su contenido esencial, pero en ciertos casos expresamente previstos, pone en el trabajo del órgano legislativo la tarea de configuración final del derecho.

⁵¹ Basado en el artículo publicado por profesor Hector Nogueira Alcalá, *Aspectos de una teoría de los derechos fundamentales: la delimitación, regulación. Garantía y limitaciones de los derechos fundamentales*, Revista *Ius et Praxis*, año 11, nº2, ciudad de Talca, Chile, págs 15-63.

La Constitución, de esta manera, realiza un tratamiento jurídico de sólo un sector de la realidad, pero el contenido de esta garantía que es reconocida, es limitado en sí mismo, ya que debe siempre considerar los contenidos jurídicos de los otros derechos de la misma calidad adyacentes a él. Luego existe un ámbito de **delimitación** necesaria en la estructura de cada derecho fundamental.

En ese sentido “delimitar” significa establecer su contenido, determinar el ámbito de realidad protegido por el derecho, lo que propiamente determina sus contornos. Para ello debemos primero identificar el ámbito de realidad aludido en la Constitución, y en segundo lugar, el tratamiento jurídico, es decir el contenido y alcance que se da a su protección constitucional.

Este límite forma parte de la configuración del derecho, y considera la existencia de los otros derechos de idéntica jerarquía; esto por una armonía lógica en la composición y estructura general de los derechos fundamentales, de manera de poder dar coherencia al sistema. Estos límites pueden significar, por una parte, una restricción del derecho, o bien la determinación de su contenido material. Ahora bien, esta operación sólo puede ser efectuada por el órgano o la autoridad dotada de competencia por la Constitución con esta finalidad, y que bajo las normas contenidas en los artículos 19 n° 26, 32 n° 3, y 6, artículo 63 y 64, se realiza exclusivamente el legislador por la autorización expresa del texto constitucional.

Es importante señalar que en ningún caso esta habilitación permite al legislador realizar esta operación de configuración en base a criterios o principios infraconstitucionales no reconocidos explícita o implícitamente en la Constitución.

Explicada esta premisa de técnica de configuración, se puede entender lo que ocurre específicamente con las garantías establecidas en los artículos 19 n° 3 inciso 3, n°7 letra b), n° 17, n° 20, n° 21, n° 23 y n° 24. Esta precisión legislativa, habilitada por los artículos 19 n° 26 y artículo 60 n° 1 y 2 de la Constitución, está destinada a especificar los elementos materiales y formales de cada garantía reconocida, para así completar el panorama jurídico del derecho en cuestión.

En estricto rigor, el artículo 19 n° 26 de la Carta Fundamental según la doctrina mayoritaria, establecería una autorización general al legislador para regular, o bien para limitar, las garantías que la Constitución establece, manteniendo el contenido esencial de los derechos. Consecuentemente existe una prohibición de afectar el núcleo duro de estos derechos constitucionales, pero admitiría la posibilidad de restringir los elementos de configuración accesorio. De esta forma, si realizamos una interpretación sistemática y finalista de la Constitución en esta materia, podría sostenerse que la ley sólo regula el ejercicio de los derechos y no los derechos en sí mismos.

Ahora bien, **regulación**, como una expresión utilizada en el texto constitucional, es una intervención que “implica una afectación normativa a través de la cual se establecen modos, condiciones, formas y limitaciones-restricciones del ejercicio de los derechos, la que se despliega a partir del contenido del derecho, tal como resulta de la construcción dogmática del mismo a través de su definición abstracta”⁵². Esto implica que sólo la forma externa de la configuración de los derechos es entregado a esta actividad, de manera que el contenido del derecho en sí no puede ser vulnerado en ningún caso. La Constitución, por lo tanto, establece la existencia y la delimitación del derecho con un carácter abstracto, de tal manera que se hacen en ella referencias genéricas de comportamiento, pero que en la vida práctica pueden representarse de múltiples formas.

El Tribunal Constitucional Chileno siguiendo la misma línea que el Tribunal Constitucional español, ha señalado al respecto “Que si bien por regular conforme al Diccionario de la Real Academia Española, debe entenderse “ajustado y conforme a reglas”, ello no podía jamás interpretarse en el sentido de que se impida el libre ejercicio del derecho, por otra parte, si bien al regular se pueden establecer limitaciones y restricciones al ejercicio de un derecho, éstas claramente, de acuerdo al texto de la Constitución, deben ordenarse por ley y no mediante normas de carácter administrativo”⁵³. Por lo tanto, esta función reguladora de los derechos fundamentales

⁵² NOGUEIRA ALCALÁ, HUMBERTO, Ob cit. Pag 35

⁵³ Sentencia del Tribunal Constitucional chileno, Rol n° 167, de 6 de abril de 1993, considerando n° 12

está exclusivamente entregado al legislador por medio del mecanismo de **reserva legal**.

2.- La reserva legal y el contenido esencial de los derechos fundamentales.

La reserva legal es “La técnica o principio en virtud de la cual se exige desde la Carta Fundamental que una determinada materia será regulada por ley: siendo el legislador en cuanto cuerpo representativo, el encargado de establecer las normas que dispongan el régimen jurídico de dicha área o asunto reservado, todo ello de acuerdo a los principios de publicidad, debate y contradicción que las conviertan en decisiones democráticas y les otorgan un plus de legitimidad”⁵⁴. El poder legislativo, como el agente más representativo del cuerpo social en una etapa histórica determinada, y en concordancia con el rol que cumple la garantía democrática, es el órgano adecuado para efectuar esta regulación, en coherencia a la forma de su composición y a la pluralidad de representantes que en él actúan. Más aún, si consideramos el debate previo, y la forma de adaptar el texto producto de estas discusiones a través de este procedimiento, la intervención heterogénea de estos intereses democráticos se aseguran por este procedimiento.

Como consecuencia de esta técnica de reserva legal, tenemos que se establece una prohibición lógica a los demás agentes públicos para interferir en la regulación de los derechos fundamentales, y por otra, explícita que la potestad del legislativo es irrenunciable en asuntos de esta competencia.

Esto no sólo es un mandato de abstención para el ejecutivo, sino que además se extiende a la labor del poder judicial. Sin embargo, no es en términos prohibitivos, y existe un caso de excepción bajo la hipótesis de que se cumplan dos requisitos

⁵⁴ NOGUEIRA ALCALÁ, HUMBERTO, Ob cit. Pag 36

copulativos: autorización específica y concreta expresamente prevista en la Constitución y además regulada por ley.

Asimismo la reserva de ley impone al legislador una competencia estricta. En realidad lo que existe en términos muy concretos, es una **reserva parlamentaria** en la función regulatoria de los derechos fundamentales. Esto excluye expresamente la regulación por medio de Decretos con Fuerza de Ley.

Pues bien, existe además una limitación en el contenido de esta actividad. Es lo que hasta ahora hemos identificado con el término “**contenido esencial**”. Esta restricción de contenido está presente en los artículos 19 n° 26, como asimismo del artículo 5 inciso 2º, al establecer un límite a la actividad soberana del Estado, de manera que este “límite de contenido de los derechos se proyecta no sólo al legislador, sino también al poder constituyente instuido, estableciendo una prohibición de regresión o expresada de manera positiva, una garantía de irreversibilidad en materia de derechos fundamentales...”⁵⁵. Existen diversas teorías que son útiles para identificar el contenido esencial de cada derecho, pero es indudable que este núcleo fundamental sólo puede determinarse para cada derecho específico, es decir, caso a caso. Explicaremos brevemente las posiciones dogmáticas al respecto del Tribunal Constitucional Chileno, y la exposición personal del profesor Nogueira Alcalá.⁵⁶

i) La identificación del contenido esencial del Tribunal Constitucional Chileno

En la Sentencia de la causa rol n° 43 del 24 de febrero de 1987, en considerandos 20 y 21, el Tribunal ha señalado “la esencia del derecho debemos conceptuarla desde el punto de vista del ordenamiento positivo y dentro de este ámbito precisar el alcance de la norma constitucional en los términos más sencillos, para que sea entendido por

⁵⁵ NOGUEIRA ALCALÁ, HUMBERTO, Ob cit. Pag 46

⁵⁶ Existen además otras teorías en la doctrina constitucional general; La **teoría absoluta** que ha influenciado el trabajo de nuestro Tribunal Constitucional chileno; la **teoría relativa** de Stein y Düring; La **concepción mixta** de Lerche y Gomes Canothilo; y la **doctrina institucional** de Härberle en Alemania.

todos y no sólo por los estudiosos de la ciencia jurídica. Desde esta perspectiva, debemos entender que un derecho es afectado en su esencia cuando se le priva de aquello que le es consustancial, de manera tal que deje de ser reconocible y que se impide “el libre ejercicio” en aquellos casos en que el legislador lo somete a exigencias que lo hacen irrealizable, lo entran más allá de lo razonable o lo privan de tutela jurídica”.

Esta concepción de alguna forma identifica el contenido esencial con aquellas alternativas o facultades de acción necesarias para que ese derecho sea lo suficientemente identificable en la categoría descrita, el “tipo” reconocido, sin las cuales el derecho se desnaturalizaría, posibilidades que deben contextualizarse en un momento histórico en cada caso y en los elementos que integran las sociedades democráticas hoy en día.⁵⁷

En el mismo sentido la Sentencia rol 280, en su considerando nº 14 dice “El derecho se hace impracticable cuando sus facultades no pueden ejecutarse. El derecho se dificulta más allá de lo razonable cuando las limitaciones se convierten en intolerables para su titular. Finalmente debe averiguarse si el derecho ha sido despojado de su necesaria protección o tutela adecuada a fin de que el derecho en una facultad indisponible para su titular. Estos supuestos deben ser aplicados, en todo caso, con la confluencia de dos elementos irrenunciables. En primer lugar, el momento histórico de cada situación concreta, por el carácter evolutivo del contenido esencial del derecho; y luego, las condiciones inherentes de las sociedades democráticas, lo que alude a determinar el sistema de límites del ordenamiento jurídico general y como juega en ella el derecho y la limitación.”

ii) Posición dogmática del profesor Humberto Nogueira Alcalá.

⁵⁷ Es necesario recordar la definición que fue entregada en el primer capítulo de este trabajo, en el que destaca el **contexto temporal** en que cada derecho fundamental debe ser interpretado.

En esta perspectiva el contenido esencial “está constituido por el tratamiento que la Constitución y los tratados sobre derechos humanos ratificados y vigentes efectúan sobre los derechos en su articulado, sin que los tratados puedan rebajar las garantías del contenido ya establecido constitucionalmente, sino que sólo operando como una normativa que enriquece, potencializa y garantiza mejor los derechos...Así el núcleo del derecho está delimitado y constituido por los enunciados normativos constitucionales y de los tratados sobre la materia que se encuentran ratificados y vigentes, y excluye la tercera, que constituye la regulación legal del ejercicio de los derechos, la que está limitada por el contenido constitucionalmente declarado de los derechos...Así el concepto está dado por la complementación indisoluble del valor fundamental y supremo de la dignidad humana con el núcleo básico e intrínseco de cada derecho fundamental, esencial o humano, expresado en forma jurídico-positiva y garantizado por la Constitución, excluyendo las manifestaciones externas de carácter complementario que regulan los respectivos derechos sin poder penetrar el contenido constitucionalmente determinado.”

“El núcleo esencial de los derechos es determinado por el contenido normativo determinado por el poder constituyente originario y los enriquecimientos y potencializaciones realizados por el poder constituyente derivado y los tratados internacionales que contengan normativas sobre derechos, los cuales se encuentran ratificados en Chile y vigentes.

No le corresponde al legislador determinar dicho contenido esencial, sólo puede explicitarlo o desarrollarlo, ya que éste es el principal sujeto pasivo de la obligación de respeto al contenido esencial determinado por el artículo 19 n° 26 de la Constitución.”⁵⁸

Finalmente, para sostener la limitación-regulación a los derechos fundamentales que puede autorizadamente realizar el legislativo, se debe comprender que esta intervención debe ser realizada a través de un **juicio de razonabilidad** y un **juicio de proporcionalidad**; esto implica por un lado, el deber de cuidar de no

⁵⁸ NOGUEIRA ALCALÁ, HUMBERTO, Ob cit. pags 56-57.

establecer restricciones arbitrarias y por otra, el mantenimiento del equilibrio entre limitación del derecho y el bienestar que busca ser protegido por ella.

5.- Estructuras de configuración de los derechos fundamentales.

Un último elemento de análisis en esta visión general, antes de examinar los contenidos específicos de la garantía del artículo 19 n° 3 inciso 3º, es la configuración estructural de los derechos. Así podemos distinguir derechos de configuración plenamente constitucional y otros de configuración legal.

Los de **configuración constitucional** son los que mantienen un nivel de explicitación más cerrado, que agota la descripción del derecho que se está garantizando en el texto, de manera que no admiten estructuralmente la actividad del poder legislativo en esa configuración. Luego estas disposiciones deben ser aplicadas directamente y no admiten ningún tipo de restricción, excepciones o reformulación legislativas.⁵⁹

Por otro lado, los **derechos de configuración legal** son aquellos otorgados a los ciudadanos en forma de titularidad abstracta, de manera que se concretan en la realidad con una directa relación a lo que disponga la norma de rango legal, como lo que ocurre en general con los derechos de carácter prestacional. Su contenido es configurado esencialmente a través de la actividad legislativa, que funciona como un mecanismo de materialización de la norma abstracta de la Constitución, y es a través de ley en donde ese derecho encuentra una forma concreta en la realidad. “Pese a su competencia para la configuración legal de los derechos fundamentales en los casos que corresponda, el legislador no puede vulnerar el contenido esencial del derecho,

⁵⁹ Ejemplos de ellas, señala Nogueira Alcalá, son las garantías constitucionales de no ser objeto de apremios ilegítimos, a no declarar bajo juramento contra sí mismo, el principio de legalidad en materia penal, entre otros.

vale decir, el conjunto de facultades que lo hacen reconocible y que expresan su naturaleza de tal.⁶⁰

La importancia de esta diferenciación radica en que permite examinar las habilitaciones o restricciones con que cuenta el legislador para intervenir en las limitaciones o en las regulaciones de estos derechos. Sin embargo, en cualquiera de estas categorías, estos derechos colocan a los Estados en la obligación de actuar, como señala el artículo 5º inciso 2º, de “promover los derechos garantizados por la Constitución”.

6.- Análisis de la remisión normativa en la garantía de acceso a defensa letrada del artículo 19 nº 3 inciso 3.

Luego de haber realizado un breve acercamiento preliminar a los elementos doctrinarios que permitirán observar clínicamente la composición interna de los derechos fundamentales, se puede llevar ese análisis general al examen específico y pormenorizado de los aspectos estructurales de la garantía constitucional consagrada en el **tercer inciso del artículo 19 nº3**, que es el objeto de estudio:

“Art 19 La Constitución asegura a todas las personas:

nº3: La igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos

La ley arbitrará los medios para otorgar asesoramiento y defensa jurídica a quienes no puedan procurárselos por sí mismos”

⁶⁰ NOGUEIRA ALCALÁ, HUMBERTO, Ob cit. pag 63

En primer lugar es procedente referirse a la expresión constitucional “La ley arbitrará...”, como el objetivo de análisis.

Existen ciertas categorías de derechos fundamentales, que sin perder la calidad de garantías elevadas a jerarquía constitucional, son sólo prefigurados por la Constitución, como se ha señalado en secciones anteriores, de manera tal que existe solamente una determinación del contenido esencial del derecho en ésta, y asimismo hay una habilitación para que el órgano legislativo se encargue de la configuración del derecho propiamente tal. Por otro lado, se ha identificado el contenido esencial de los derechos fundamentales como un núcleo duro, un factor de identificación del derecho que no puede ser trastocado por la intervención del legislativo.

En esta perspectiva, y en el caso del artículo 19 nº3 inciso 3º, se puede concluir que efectivamente se trata de aquellas garantías que han sido establecidas por la Constitución con la intención de reconocer sólo sus factores elementales y no pormenorizar cada una de sus formas de concreción, habilitando expresamente la labor legislativa al respecto. Resulta lógico comprender la intención del constituyente de autorizar en este caso esa intervención si consideramos los múltiples factores de la realidad material que tendrían que considerarse desde el texto mismo de la Constitución para diseñar la total composición estructural de la garantía.

Lo que de verdad ocurre en este caso, en la interpretación propia de este trabajo, es que la Constitución genera jurídicamente una expectativa de que los ciudadanos van a contar efectivamente con asesoría y defensa jurídica, como campos de acción profesional garantizados, sin importar si puedan pagar un servicio profesional en el mercado privado, y encarga al legislativo la configuración de un sistema de rango legal para satisfacer las expectativas generadas desde este derecho. En la determinación del contenido esencial en este caso, intervienen varios factores de muy frágil análisis que dificultan su identificación; no cabe duda que se vincula por una parte con una **garantía jurisdiccional** que dice relación con factores de adecuada representación en el proceso, como una consecuencia funcional del principio del Debido Proceso, pero a la vez se identifica con una **actividad prestacional** respecto

de la cual el Estado asume un compromiso desde la máxima jerarquía que se conecta con el establecimiento de los derechos sociales en la Constitución.

Sin duda, no se puede desconocer ninguna de estas dos cualidades esenciales, porque de otro modo se estaría desconociendo arbitrariamente las dimensiones de aplicación, o al menos los criterios de coherencia, del establecimiento de este derecho como una garantía de rango constitucional. Si se abandona el factor esencial de que se está en frente de una **garantía jurisdiccional**, la habilitación hecha al legislador podría de alguna manera, y por múltiples razones, decidir restringir la aplicación de esta garantía a cierto tipo de materias que no han sido previstas por la Constitución; si por la otra, se adscribe a una **identificación social del derecho**, se permite al órgano legislativo limitar o regular los contenidos de esta garantía en razón de la administración de los recursos públicos que pudiesen destinarse a ella. Una posición cerrada en este caso nos lleva a perder la lógica del establecimiento constitucional de este derecho, y sinceramente, perderíamos la orientación del contenido esencial de este inciso. Pues bien, ¿cuál sería el sentido de elevar estas garantías públicas a la jerarquía de derecho fundamental, si luego el contenido esencial con que este derecho ha sido dotado, puede ser manipulado finalmente por una intervención del legislativo?

Ahora bien, tampoco se trata de encender las alarmas jurídicas y declarar la ambigüedad del precepto constitucional. El propósito es identificar este contenido esencial y contraponerlo finalmente a la gestión legislativa en el establecimiento del sistema asistencial asegurado, para examinar, si se cumplen o no, estos estándares de invulnerabilidad jurídica de los derechos fundamentales. Si como explicamos anteriormente, se toma una posición única, se abren espacios de arbitrariedad evidentes, que no pueden justificarse bajo ningún argumento garantista. Por lo tanto debemos caracterizar este contenido esencial con ambos factores, una esfera de carácter híbrido a la cual está sujeto inherentemente la actividad de configuración legislativa, y que debe considerar siempre en el establecimiento de los mecanismos de asistencia judicial. Esta respuesta parece una conclusión adecuada si no se quiere poner en riesgo, desde el punto de vista doctrinario, los principios de igualdad material y de garantía jurisdiccional. Esta composición dual impondría un marco suficientemente

fuerte y sujeto a la coherencia del resto de los derechos fundamentales asegurados por la Constitución y en los tratados internacionales de Derechos Humanos, a la actividad de configuración concreta de esta garantía por el legislador.

Otro punto de análisis inmediato es la expresión “**asesoramiento y defensa jurídica**”. Como se ha tratado anteriormente, la conceptualización de estas áreas de intervención profesional adoptada en el seno de la CENC resulta bastante explícito. Esta diferenciación de estas áreas de conducta profesional no es un mero capricho de redacción, sino que implica que esta labor profesional asistencial comprenderá tanto las fases previas o desformalizadas de los conflictos de relevancia jurídica, como asimismo la representación en todas las etapas ante el órgano jurisdiccional. Más aún si consideramos ese espacio profesional reconocido por el inciso segundo del artículo 19 nº3, que comprende no sólo conflictos de carácter judicial, este trabajo asistencial amplía considerablemente su campo de intervención. Luego, no tiene mayor sentido entregar al legislador la redefinición de estos conceptos a través de la ley, ya que la propia Constitución ha decidido que en estos campos de intervención letrada se va a proveer de este servicio asistencial.

Finalmente la expresión “**...a quienes no puedan procurárselos por sí mismos**” es un factor indicativo en la determinación de los usuarios del sistema. Estos términos utilizados por el constituyente nos permite concluir que este mecanismo de provisión de servicio profesional está destinado a quienes no pueden encontrar en el mercado privado un servicio profesional que puedan económicamente asumir sin obstáculos. No hay nada más que una directriz primaria de la identificación de los usuarios de este sistema asistencial; simplemente señala la Constitución que la selección de los usuarios que ocupan esta asistencia judicial son aquellos ciudadanos que no pueden abastecerse de este bien de representación profesional, sin otras particularidades o rangos de selección.⁶¹ No hay por lo tanto una identificación directa de ciertos grupos marginados de la sociedad **desde la perspectiva constitucional** a los cuales exclusivamente se va a prestar este servicio, por lo que en principio, cualquier persona que no está en condiciones de pagar una gestión privada puede

⁶¹ Según lo ya expresado a partir del debate en la CENC en las sesiones 99 y 100.

convertirse en un usuario de este sistema público. Estoy en el más absoluto desacuerdo en las utilizaciones de las expresiones “indigentes” o “pobres”⁶² en el análisis que generalmente realiza la doctrina a propósito de esta garantía fundamental, ya que metodológicamente no se corresponde con una coherencia estructural de la explicitación de la garantía, bajo premisas valóricas de Dignidad e Igualdad. Esto aunque en la realidad empírica, las personas más necesitadas, o más desposeídas de recursos económicos conformen en los números, el mayor grupo de identificación estándar del aparato asistencial, pero esto no merece bajo ninguna argumentación una identificación directa con el amparo constitucional de los titulares activos de la garantía descrita.

Distinto es, que en la configuración del sistema, el legislativo, por criterios de optimización o de subsidiariedad, otorgue una mayor atención a la protección de los grupos más vulnerables, ya que estructuralmente obedece a una necesidad legítima y justificable. Absurdo sería obviar que en la realidad concreta estas personas conforman el núcleo de los usuarios de los servicios asistenciales públicos. Justamente, es por el hecho de que existan estos factores de difícil materialización que la Constitución entrega con la mayor libertad este mandato de regulación a la ley, para que pueda adaptar en la práctica un sistema apropiado y eficaz. Si bien desde la perspectiva constitucional no puede realizarse una distinción de la selección de los titulares activos de la garantía, operativamente es justificable que existan factores de mayor relevancia, o de mayor atención en la determinación de los casos en que se va a concentrar esta actividad. Pero es necesario destacar que no existe una habilitación para que el legislativo, ni menos la autoridad administrativa, para dejar fuera de este sistema asistencial los casos que no estén circunscritos a estos patrones de identificación social de mayor necesidad, por que constitucionalmente la garantía está sobre la base de que este derecho de defensa letrada se asegura a todas las personas.

Cabe finalmente concluir en este apartado que la remisión legal efectuada por el texto de la Constitución en el inciso tercero del artículo 19 n°3 resulta absolutamente

⁶² Las expresiones aludidas son utilizadas por el profesor José Luis Cea Egaña, y por el memorista Nicolás Balmaceda Jimeno en las obras ya citadas.

coherente con la caracterización de esta garantía como un derecho de configuración legal, y que en definitiva podemos identificar como una autorización legítima y que hace plena lógica con los múltiples supuestos que la ley debe pormenorizar debido a que los elementos esenciales en este caso sólo son prefigurados por la Constitución. Se ha señalado, que el contenido esencial de este derecho fundamental está compuesto por dos factores respecto de los cuales la intervención legislativa en la regulación del derecho como en la organización del sistema está limitada. Asimismo se ha establecido que en ningún caso, esto habilita al legislador a realizar esa intervención en base a criterios infraconstitucionales no reconocidos explícita o implícitamente en la Constitución, y que además esa labor en caso alguno puede reenviarse a la administración, ya que esto excede la competencia entregada por la carta fundamental. Reconociendo entonces el contenido esencial con elementos propios de una garantía jurisdiccional y los valores propios de los derechos de identificación social obtenemos directrices suficientes para entender sobre qué base valórica se va sostener el legislativo en la construcción del sistema asistencial encargado por la Constitución.

CAPITULO III: MECANISMOS DE PROTECCIÓN DE LA GARANTÍA DEL ACCESO A LA JUSTICIA.

Hasta ahora hemos caracterizado el Acceso a la Justicia como un bien fundamental de los Estados Democráticos que tiene una estrecha vinculación con el sentido de bienestar de los ciudadanos que dependen de él. Funcionalmente, este derecho cumple el rol de satisfacer las pretensiones de decisión y reconocimiento de los derechos sustantivos que se han proclamado desde el ordenamiento jurídico, cuando en la realidad práctica estos intereses chocan y no es posible concordar esas posiciones, generando así una contienda de competencia judicial. Si por otro lado, se permiten espacios en donde no se acojan mecanismos de solución del conflicto se presentan consecuencias inaceptables en la protección de los ciudadanos.

“La falta satisfacción de este derecho fundamental, visto como la posibilidad real de que todas las personas puedan acceder al sistema en forma igualitaria, genera una falta de legitimidad en el Sistema Judicial, lo que en extremo, termina generando inestabilidad en el sistema político y a su vez, debilitamiento de la propia democracia.

El acceso a la justicia incluye, no sólo accesibilidad igualitaria al sistema, sino que además, la posibilidad de contar con un sistema judicial que entregue resultados justos.”⁶³ Esto implica, que el trabajo de todos los agentes que están involucrados en la composición del bien público justicia debe necesariamente identificarse con el acceso a él.

Es por ello, que normativamente la garantía de Acceso a la justicia y a Defensa letrada, exige ciertas resguardos desde el ordenamiento que tengan por objeto salvaguardar las deficiencias fácticas del sistema, sea que estos mecanismos provengan desde el exterior o del interior, y que finalmente se expresen en fórmulas represivas o preventivas. Estas herramientas de protección, y quisiera insistir en este punto, no sólo deben estar sentadas en asegurar la presencia de la defensa letrada, sino que además deben contemplar el control de contenido de esta función, es decir, la calidad con que el producto profesional es expresado.

Estos mecanismos de resguardo, en mi consideración, se encuentran presente en tres ámbitos; el primero de ellos en la dimensión constitucional, el segundo, desde los elementos de control legal, y finalmente el control administrativo.

1.- Formas de resguardo constitucional:

Desde la perspectiva constitucional, y más allá de los análisis ya realizados de la garantía establecido en el artículo 19 número 3 inciso 3 de la Constitución, existen otros factores de relevancia que permiten dar un adecuado resguardo a la Defensa letrada.

⁶³ PINILLA MARTINEZ, VERÓNICA, *Análisis de la experiencia chilena en la política pública de Acceso a la justicia*, Tesis de Magister en Gestión y políticas públicas, profesor guía José Zalaquett, Universidad de Chile, 1999, Santiago de Chile, pág 12.

Anteriormente se ha podido caracterizar a esta garantía dentro de la lógica constitucional y en vinculación al escenario internacional de los Derechos Humanos, principalmente como una garantía jurisdiccional, y en segundo plano como un derecho de contenido social. Es por ello que los resguardos de este derecho deben concentrarse en la función que cumple esta garantía como elemento legitimador del proceso jurisdiccional, y que es asegurado desde la Carta Fundamental como presupuesto concreto de validez del proceso. **No parece justificable bajo ningún presupuesto legal que se lleve adelante un proceso, de cualquier naturaleza, en contra de un sujeto al cual se le deniegue la defensa o se le permita continuar en indefensión.**

a) Recurso de Protección y su relación con el artículo 19 nº3.

Los preceptos del artículo 19 nº3 tienen un eminente carácter instrumental, desde que configuran un derecho-garantía establecido para la protección de los otros derechos fundamentales de carácter sustantivo. En la realidad de un proceso judicial, si tales garantías son vulneradas, normalmente los afectados podrán protegerse mediante la interposición de los recursos ordinarios o extraordinarios que se establezcan en el mismo procedimiento, y que tengan por objeto enervar el agravio de la resolución que ha producido la infracción a estas garantías. “No es normal ni habitual, en cambio que contra las resoluciones judiciales se interponga un recurso que, como el de protección, no fuera por cierto, concebido en lo fundamental para buscar amparo precisamente respecto de quienes, por la naturaleza de la función que desempeñan, están llamados a concederlo, dentro del marco de un sistema organizativo y funcional que posee sus propios resguardos.”⁶⁴

Ahora bien, **el recurso de protección no es un medio procesalmente idóneo para proteger los derechos-garantía que se consagran en el artículo 19 nº3 de la Constitución**, ante la eventualidad de su titular sufra la privación, perturbación a amenaza en el ejercicio de este derecho por un acto ilegal o arbitrario. Tales garantías

⁶⁴ VARAS ALFONSO, PAULINO y MOHOR ABUAUAD, SALVADOR, Ob Cit. Pág 292

no están contempladas en el ámbito de resguardo del recurso de protección con la sola excepción de uno de sus incisos referido a la prohibición de juzgamiento por comisiones especiales. Puede justificarse tal decisión del constituyente en dos puntos; el primero se relaciona con la gravedad de la amenaza personal de ser juzgado por un tribunal ilegítimamente constituidos, y en segundo, del propósito subyacente de juzgar con prescindencia de elementos de racionalidad, rectitud y justicia a un ciudadano. Evidentemente tal tribunal no admitiría dentro de su proceso un recurso que pudiese impugnar su competencia para conocer sobre este punto.

Sin perjuicio de ello, los profesores Salvador Mohor y Paulino Varas han planteado que existe la posibilidad del resguardo indirecto de las garantías del artículo 19 n°3 a través del recurso de protección. “En efecto, la violación de estos últimos derechos durante el proceso por obra de alguna resolución judicial puede ser considerada como un acto u omisión arbitraria o ilegal que en relación de causa-efecto provoque una amenaza, perturbación o privación en el legítimo ejercicio de alguno de los derechos subyacentes que se ventilan en el juicio. Así, la resolución judicial que transgrede por acción u omisión alguno de los preceptos del artículo 19 n°3 pasa a constituir el comportamiento arbitrario o ilegal a partir del cual se deriven los efectos que constitucionalmente harían procedente el recurso de protección, pero no para obtener directamente la protección del derecho –garantía afectado, sino para la directa salvaguarda del derecho subyacente, materia del proceso”⁶⁵

Básicamente, la tesis de Mohor y Varas se concentra en la proposición de que los derechos subyacentes materia del debate judicial, si bien no reciben la protección inmediata del artículo 20, pueden recibir una protección indirecta a través de la focalización a través del artículo 19 n° 24, que atiende el derecho fundamental de la propiedad, a través de la instrumentalización del concepto, que pudiese permitir la procedencia de este mecanismo de protección cautelar. De esta manera si a través de una resolución judicial se estuviese vulnerando de alguna forma el derecho de Igualdad ante la Ley, y la contienda se tratase sobre el derecho a seguridad social, podría sostenerse que existe una especie de propiedad sobre los derechos de

⁶⁵ VARAS ALFONSO, PAULINO y MOHOR ABUAUAD, SALVADOR, Ob Cit., pág 293

jubilación, y así indirectamente pudiese obtenerse una decisión favorable. Sin perjuicio de la idea expresada, los autores aceptan la controversia que en la doctrina provoca la cosificación de los Derechos Humanos por la falta de aptitud de estas categorías de derechos para concebirlos como bienes patrimoniales.

Por otro lado, existe un aspecto secundario que dificulta aún más la procedencia del recurso de protección en materia de asistencia judicial, y que dice relación con los aspectos sociales del derecho. En general, estos derechos fueron marginados de la salvaguardia del recurso de protección ya que la satisfacción de este derecho está más vinculada a la suficiencia de los recursos de los fondos fiscales, y no ya a la procedencia de una acción jurisdiccional. Como los recursos estatales son limitados, se optó en seguida de su exclusión del ámbito de protección.

Si bien la tesis propuesta es una solución ingeniosa, y que ha tenido algunos resultados prácticos para proteger a través del recurso de protección algunas situaciones de riesgo inminente, no parece en la hipótesis de esta memoria generar algún resultado positivo en un sentido práctico, ya que la procedencia y éxito de este recurso dependerá de que el afectado cuente con asistencia profesional.

b) Control de comportamiento ético de las profesiones.

La Reforma Constitucional del año 2005 contempló la modificación del artículo 19 número 16, con la intención de robustecer desde esta perspectiva el control ético de las actividades profesionales. Sin duda que el establecimiento de esta norma constitucional motiva a buscar en el resto del ordenamiento jurídico otras disposiciones que miren hacia el control sustantivo de la labor de los profesionales.

¿En razón de qué se examina esta disposición?

Motivado por el debate contemporáneo respecto a las actuales imperfecciones del sistema de asistencia jurídica, intento en esta hipótesis, encontrar elementos que vayan más allá de las disposiciones que se limitan a organizar un sistema de

profesionales que simplemente desarrollan una actividad prestacional, y exponer otras normas positivas de la misma jerarquía que induzcan a encontrar ciertos niveles de exigencia mínima en la calidad del ejercicio de esa función.

Ahora bien, el artículo antes señalado está diseñado de manera tal que constituye antes que nada una norma de carácter represivo. Su intención es otorgar competencia a los colegios profesionales o a los tribunales ordinarios son los conflictos de carácter ético que surjan respecto a la conducta de un profesional, sin que ésta norma identifique otros contenidos de carácter valorativo.

Dispone esta reforma constitucional en el artículo 19 nº 16 inciso 4:

“Los colegios profesionales constituidos en conformidad a la ley y que digan relación a tales profesiones estarán facultados para conocer de las reclamaciones que se interpongan sobre la conducta ética de sus miembros. Contra sus resoluciones podrá apelarse ante la Corte de Apelaciones respectiva. Los profesionales no asociados serán juzgados por los tribunales especiales establecidos en la ley.”

La disposición cuadragésima primera transitoria señala:

“ En tanto no se creen los tribunales especiales a que alude el párrafo cuarto del número 16º del artículo 19, las reclamaciones motivadas por la conducta ética de los profesionales, serán conocidas por los tribunales ordinarios”

Históricamente los colegios profesionales encuentran su origen en la Edad Media, en donde dichas organizaciones eran vinculadas a cofradías, compuestas bien por trabajadores o ya por religiosos. Posteriormente durante el período de absolutismo francés se convierten en instituciones de resistencia al poder central. Esto pudo ser uno de los motivos de la dictación en 1791 de la Ley Chapelier en la cual se prohíben estas organizaciones. Posteriormente en 1884, la lucha por recuperar esos poderes de organización, hace posible la derogación de esta ley y el nacimiento del movimiento sindical moderno.

Concretamente en Chile, nuestra historia moderna encuentra estos antecedentes en 1925, en el Decreto Ley 406 de 19 de marzo, que dio nacimiento al Colegio de Abogados, para luego crear otras organizaciones de esta naturaleza.

Luego del quiebre institucional de 1973, a través de varios Decretos Leyes la autoridad fue prorrogando sucesivamente la duración de la directiva de estas organizaciones. Luego se les privó de la posibilidad de elegirla, se autoconfirió la facultad de elegir a sus representantes, se les impidió el derecho de reunión, se eliminó el carácter obligatorio para los aranceles y finalmente se hizo innecesaria la colegiación para el desempeño de cargos públicos. (Años 1974 a 1979). Culmina la decadencia histórica de los colegios profesionales el 7 de febrero de 1981, fecha en la cual se publica el Decreto Ley 3.621, en el cuál se les confirió el carácter de simples asociaciones gremiales; derogó asimismo la facultad de establecer aranceles, sancionar las faltas de ética y entregó al Presidente de la República amplias facultades respecto de estas atribuciones y poder determinar normas relativas al ejercicio ético. De ésta manera, los colegios profesionales se sujetarían futuramente al Decreto Ley 2.757 de 1979 y a las disposiciones vigentes careciendo de sus antiguas facultades y transformándose su personalidad en instituciones de derecho privado.

En ese sentido, en el texto Constitucional de 1980 ha caracterizado a los colegios profesionales de la siguiente forma:

- Pueden formarse todos con el nombre de asociaciones gremiales
- Deben sujetarse a sus respectivos estatutos y al Decreto Ley 3.621. Gozan por lo tanto de personalidad jurídica de derecho privado.
- Ningún profesional puede ser obligado a pertenecer a un determinado colegio
- No puede constituir ningún requisito para el ejercicio de la profesión ser afiliado o pertenecer a un colegio profesional o figurar inscrito en sus registros (art 2 del Decreto ley 3.621)
- Cada institución podrá exigir disciplina en su propio grupo de acuerdo con sus estatutos
- Toda persona afectada por un acto desdoroso, abusivo o contrario a la ética, cometido por un profesional en el ejercicio de su función, podrá recurrir ante los

tribunales de justicia, tramitándose el reclamo conforme al juicio sumario, permitiéndose al juez resolver oyendo informe de peritos. (art 4 del Decreto ley 3.621).

- Finalmente, los colegios carecen de la facultad de dictar aranceles que se relacionen con los servicios prestados, y a falta de estipulación expresa los honorarios son fijados por el juez. (art 4 del Decreto ley 3.621).

“La supresión de los colegios profesionales provocó resistencias, manifestadas con bastante energía hasta donde era posible expresarlas en la coyuntura en que ellas se produjeron. Tal resistencia fue natural porque la colectividad nacional, en clara mayoría, apreciaba los aspectos positivos de una institución adentrada fuertemente en nuestro medio social...La función que la colectividad nacional consideraba que con más urgencia debía volver a los colegios era la del control ético de los profesionales. No hay duda de que la privación de esa atribución debilitó tanto la corrección de la conducta de los titulados como el prestigio de los profesionales.”⁶⁶

En la actualidad, la facultad represiva entregada a la magistratura ordinaria resulta poco práctica y además cuestionable. Los afectados no están en condiciones de recurrir ante la judicatura, ni tampoco éste se encuentra en posición de entregar una rápida, y por sobre todo, eficaz respuesta a estos requerimientos. Además, estos elementos éticos no son posibles identificarlos con asuntos civiles o criminales por lo que excedería los términos del artículo 76 de la Constitución. “Conviene puntualizar que los tribunales ordinarios se ven constantemente en el caso de formular apreciaciones de orden ético de las conductas, pero sólo lo pueden hacer en cuanto ellos están llamados a aplicar determinados preceptos del derecho positivo promulgado, pero no cuando la actitud no representa comportamientos que estén cabalmente reglados en la norma promulgada. La apreciación de lo moral o inmoral de una actitud que queda fuera del ordenamiento positivo no es , lo reiteramos una vez

⁶⁶ SILVA BASCUÑAN, ALEJANDRO Y SILVA GALLINATO, MARÍA PÍA, *Control del comportamiento ético de los profesionales*, artículo inserto en ZÚÑIGA URBINA, FRANCISCO, *Reforma Constitucional*, Editorial Lexis Nexis, 1º edición, 2006, Santiago de Chile, pág 314

más, causa civil o criminal que quede en la esfera de la competencia de los tribunales.”⁶⁷

Pues bien, la Reforma Constitucional del 2005 no ha introducido grandes modificaciones al respecto. Luego de una controvertida tramitación en el Congreso Nacional, la actual disposición no ha variado en su esencia este precepto. En ese sentido, el nuevo inciso dispone que los actos contrarios a la ética profesional ejecutados por un colegiado y que afecten a terceros deben necesariamente ser conocidos por los respectivos colegios. Únicamente los tribunales están llamados a conocer de éstos por vía de la apelación ante la Corte de Apelaciones respectiva. Sin embargo, quienes no se encuentren vinculados a un colegio profesional, ya que la afiliación no es obligatoria, y desarrollen estas conductas serán juzgados por tribunales especiales, pero mientras estos no sean creados serán juzgados por los tribunales ordinarios.

Lamentablemente, esta nueva norma constitucional, en nada ha cambiado esta precaria situación de control ético de los profesionales, y deja así en la más absoluta ambigüedad los elementos de resguardo cuantitativo del ejercicio profesional.

Independientemente de los resultados prácticos de la imputación de responsabilidad ética, sea a través del tribunal del respectivo colegio o bien por el mecanismo remanente, se puede advertir que existe una especial preocupación del constituyente en dotar de cierto control en la sustancia del ejercicio profesional. Esto permitirá entonces formular, con mayor intensidad, los argumentos que desde la simple legalidad fundamentan la preocupación esencial de este trabajo.

2.- Formas de protección desde la legalidad

⁶⁷ Silva Bascuñan, ALEJANDRO Y SILVA GALLINATO, MARÍA PÍA, Ob cit., pág 316

Hasta el momento se ha podido exponer las formas en que nuestro Texto Fundamental ha configurado y ha asegurado la garantía de Acceso a Defensa Letrada desde sus presupuestos de existencia, como asimismo, los niveles de prestación mínima con los que ella debiera ejecutarse. Ahora bien, desde la legalidad, el mandato de la Constitución tiene en la actualidad diversos elementos donde encuentra un mayor y nítido reflejo.

He querido separar esta reflexión en dos pequeñas subdivisiones:

- A) Normas de carácter procesal, y
- B) Normas de carácter orgánico.

a) Normas de carácter procesal.

La ley ha previsto en sus diversos procedimientos, normas que previenen ciertas circunstancias de indefensión, y con la finalidad de cumplir con el mandato constitucional y entregar la posibilidad al ciudadano que enfrenta un proceso judicial cualquiera de contar con defensa letrada se ha dispuesto que se otorgan ciertas facultades a los jueces para suspender el curso del procedimiento hasta que esa circunstancia se subsane. Dichas normas tienen una generación muy próxima, y justamente atienden a la adaptación que el ordenamiento jurídico chileno ha comprometido en la estandarización internacional de su Justicia. Considero relevante, en ese sentido moderno, dos nuevas instituciones procesales contenidas una en el Código Procesal Penal, y la segunda, en la Ley 19.968 que Crea los Tribunales de Familia, sin perjuicio de la importancia histórica del privilegio de pobreza.

i) Normas del Código Procesal Penal

Sin entrar en detalle respecto al rol fundamental que juega la Defensa Penal en este sistema, podemos señalar que el acceso a defensa letrada está resguardado a través de los siguientes artículos:

- a) Artículo 8 Ámbito de la Defensa; En el cual la ley expresamente señala que el imputado tendrá acceso irrestricto a su abogado defensor desde la primera actuación dirigida en su contra, y no limitado a la intervención en las audiencias del nuevo procedimiento.
- b) Artículo 10 Cautela de Garantías; Otro de los principios básicos establecido en el Código Procesal Penal que tiene una importante esfera de aplicación, tanto respecto del imputado como su defensa. El juez puede de oficio o a petición de parte incluso llegar a suspender el procedimiento hasta subsanar la afectación de las garantía individuales del imputado.
- c) Artículo 93 Derechos y Garantías del imputado, letra b); Asegurando la asistencia de un abogado desde los actos iniciales de la investigación.
- d) Artículo 102 Derecho a designar libremente a un defensor; Reforzando el pronunciamiento respecto a la defensa obligatoria, compeliendo al Ministerio Público a solicitar o al juez a nombrar un defensor.
- e) Artículo 102 Efectos de la ausencia del defensor; prescribiendo explícitamente un vicio de nulidad de la actuación procesal.
- f) Artículo 105 Defensa de varios imputados; En la que se entrega una facultad al Juez de Garantía para advertir la incompatibilidad de las estrategias de defensa y nombrar así defensores distintos.
- g) Artículo 106 Renuncia o abandono de la defensa, inciso 2º: Quizás la norma más reflexiva que apunta al desempeño sustantivo de la defensa, en la medida que prescribe que en cualquier situación de abandono de hecho el tribunal designará un nuevo defensor. Ha comprendido la doctrina y la práctica profesional, que no sólo la inasistencia a la audiencia, como una gravísima irregularidad en el desempeño del profesional, provoca el abandono de hecho, sino que también el abandono de hecho comprendería aquellos desempeños negligentes en el desarrollo de la audiencia. De ésta manera, la ley estaría otorgando ciertas facultades al Juez de Garantía una supervisión general en el

desempeño de los abogados defensores a fin de dar un cumplimiento sustantivo de las normas del Debido Proceso.

- h) Artículo 286 Presencia del defensor en el juicio oral; Prescribiendo que ella es un requisito de validez del juicio oral
- i) Artículo 374 Motivos absolutos de nulidad; Señalando la procedencia del Recurso de nulidad que alcanzaría, por disposición del artículo 385, la ineficacia tanto del juicio como la de la sentencia.

ii) Normas de la Ley nº 19.968 que Crea los Tribunales de Familia:

Esta ley que fija en su texto tanto la composición de estos nuevos juzgados como los procedimientos ordinarios y especiales, contempla disposiciones muy específicas al respecto y que se traducen significativamente en un resguardo legal efectivo de la garantía de Acceso a la Defensa. Existen, a mi juicio, dos normas relevantes al caso, y que tienen por objeto asegurar la presencia física de un abogado que asesora a la parte que se encuentra desprovista de asesoría jurídica directa, sea porque existe un interés superior en que sus pretensiones sean efectivamente cauteladas, o bien por el desequilibrio procesal que genera su estado de autodefensa.

- a) Artículo 18 Comparecencia en juicio. En los procedimientos que se sigan ante los juzgados de familia, las partes podrán actuar y comparecer personalmente, sin necesidad de mandatario judicial y de abogado patrocinante, a menos que el juez así lo ordene expresamente, especialmente en aquellos casos en que una de las partes cuente con asesoría de letrado.
- b) Artículo 19 Representación. En todos los asuntos de competencia de los juzgados en que aparezcan involucrados intereses de niños, niñas, adolescentes, o incapaces, el juez deberá velar porque éstos se encuentren debidamente representados.

El juez designará a un abogado perteneciente a la respectiva Corporación de Asistencia Judicial o a cualquier institución pública o privada que se dedique a

la defensa, promoción o protección de sus derechos, en los casos en que carezcan de representante legal o cuando, por motivos fundados, el juez estime que sus intereses son independientes o contradictorios con los de aquél a quien corresponda legalmente su representación,

La persona así designada será curador ad litem del niño, niña, adolescente o incapaz, por el solo ministerio de la ley, y su representación se extenderá a todas las actuaciones en juicio.

De la falta de designación de que trata este artículo, podrán reclamar las instituciones mencionadas en el inciso segundo o cualquier persona que tenga interés en ello.

En la vida práctica de los Juzgados de Familia estas normas son de constante aplicación, de manera tal que si una de las partes no cuenta con asesoría letrada, el juez simplemente suspende la audiencia, normalmente la preparatoria, y oficia a alguna institución pública o privada para que se haga cargo de la defensa. Ahora bien, producto del atochamiento de trabajo de estas instituciones, ésta función la cumplen los postulantes en práctica (egresados de la carrera de Derecho), circunstancia que en principio había rechazado la Ley 19.968, pero que por Autoacordado de la Corte Suprema en el año 2005, se reconsideró esta participación de los postulantes en estos procedimientos.

iii) Privilegio de Pobreza

Es aquel beneficio que la ley o la autoridad judicial concede a las personas de escasos recursos para que en sus asuntos judiciales sean atendidos gratuitamente por los abogados, procuradores y receptores de turno y gocen de las demás franquicias señaladas por la propia ley. Se distinguen a su respecto 2 categorías;

- a) Privilegio de Pobreza Legal; Por disposición legal expresa, o bien a través de presunciones. Ejemplo de esto último son los patrocinados por la Corporación de Asistencia Judicial, miembros del Poder Judicial en la defensa de recursos de queja o medidas disciplinarias que les afecten personalmente, y procesados bajo el Código de Procedimiento Penal que no designe procurador y abogado en el acto de notificación del auto de procesamiento, entre otras.
- b) Privilegio de Pobreza Judicial: Por regla general, es establecido a través de una sentencia interlocutoria, promovido a través de un incidente. Sus disposiciones están contenidas en los artículos 129 a 137 del Código de Procedimiento Civil, y 591 a 602 del Código Orgánico de Tribunales.

Sin embargo muchas de las actuaciones judiciales no son cubiertas por este beneficio, como lo son las publicaciones en el Diario Oficial, el retiro de especies, entre otras, y en consecuencia, muchas veces dejan de realizarse por falta de recursos.

B) Normas de carácter orgánico

Actualmente existen en nuestro país tres modelos que componen el principal sistema de asistencia judicial, y que de alguna forma han repartido sus competencias desde la entrada en vigencia de la Reforma Procesal Penal. Estas tres entidades son la Corporación de Asistencia Judicial, la institución de Abogados del Turno y la Defensoría Penal Pública. Ésta última estaría encargada sólo de la prestación de asistencia respecto de los casos en materia penal que hayan sido verificados desde la entrada progresiva del nuevo procedimiento criminal.

Sus respectivos estatutos legales son:

- a) Ley 17.995 y 18.632 sobre La Corporación de Asistencia Judicial.

b) Código Orgánico de Tribunales en sus artículos 595 y siguientes sobre Abogados del Turno.

c) Ley 19.178 Ley que crea la Defensoría Penal Pública.

Estos cuerpos legales tienen por lo tanto, el objetivo de configurar los sistemas de asistencia jurídica que ha previsto la Constitución, enfocados principalmente a la prestación de asistencia judicial. En consecuencia la finalidad más próxima que cumplen estos servicios es la de otorgar defensa o patrocinio en contiendas procesales.⁶⁸ Luego, en todos aquellos eventos que una persona requiera de asistencia letrada para enfrentar o motivar un procedimiento judicial debiera encontrar en estas instituciones el apoyo a que el propio Estado se ha comprometido en la Constitución Política, y estas debieran reaccionar colocando a un profesional a cargo de esa pretensión individual.

El principal resguardo entonces, desde la legalidad, es la de crear ciertas instituciones que tengan por finalidad cumplir con la satisfacción de la evidente necesidad de asistencia letrada de las personas que no puedan proveérselas por sí mismas. Ahora bien, si se realiza un examen de satisfacción en el ámbito de la garantía establecida en el artículo 19 n° 3 inciso 3°, se puede colegir que sólo una parte de ella es considerada por estos modelos; la defensa en juicio. Como se ha mencionado anteriormente, el concepto de asistencia jurídica es mucho más amplio que la asistencia judicial, por lo que se debe advertir que sólo una parte de esta garantía ha sido cubierta por los mecanismos de concreción legal. Todo ello, es sin perjuicio de que otros organismos públicos, de distinta naturaleza también entreguen a los ciudadanos cierto apoyo de carácter jurídico en otras materias que no sean propiamente procedimientos judiciales. En ese sentido la labor de instituciones como el CAVAS, CONADI, SERNAC, SERNAM, SENAME y Consultorios municipales, entre otras, configuran también un aporte considerable en la satisfacción general de esta garantía, en la medida en que sus servicios han orientado al público en la toma de

⁶⁸ Estos elementos serán fundamentados posteriormente desde el examen pormenorizado de cada una de estas instituciones públicas.

decisiones de relevancia jurídica a través de campañas de información, consultorios y otras formas de asesoramiento.

El desajuste que hemos advertido en los modelos de asistencia judicial, desde que ya hemos identificado elementos cualitativos en la prestación del servicio letrado, es en el “control de calidad” que debiera estar aparejado en la prestación de los servicios. Esto tiene relación con lo que ya hemos señalado en razón de las expectativas legítimas que se generan desde la Constitución en los habitantes de recibir una apropiada y digna asesoría profesional. Si bien en cada uno de los estatutos legales de estas instituciones se contemplan medidas de carácter represivo, principalmente sanciones disciplinarias que se aplican en el caso de conductas negligentes o irregulares, el verdadero sentido del desempeño profesional en esta materia debiera estar orientado por otros elementos que estén íntimamente relacionados con el ejercicio profesional, y que dieran un elemento sustancial al trabajo del abogado.

La composición y regulación específica de cada uno de estos agentes será analizada con rigurosidad en el capítulo siguiente. Sin embargo, antes de cerrar este apartado, es necesario decir que existe un elemento de gran satisfacción incorporado en la Ley de la Defensoría Penal Pública y que ha permitido el mejor diseño de la actividad prestacional de asistencia judicial ajustado a un patrón de calidad mínima; los denominados estándares de gestión, señalados en el artículo 7 letra d), cuya determinación es encargada por este mandato al Defensor Nacional. Es justamente esta decisión legislativa, inspirada en la disposición constitucional, la que permite encuadrar definitivamente la pretensión y objeto de búsqueda de este trabajo de memoria.

3.- Formas de protección desde la administración pública.

La medida más efectiva y significativa que puedo detectar en la administración, y que cumple además con el objeto de asegurar un servicio de calidad homogénea, proviene de la Defensoría Penal Pública. Como se ha señalado anteriormente, la Ley 19.718 que crea la Defensoría Penal Pública, determina como una de las funciones o atribuciones del Defensor Nacional, en su artículo 7 letra d) “Fijar, con carácter general los estándares básicos que deben cumplir en el procedimiento penal quienes presten servicios de defensa penal pública. En uso de esta facultad no podrá dar instrucciones u ordenar la realización de actuación de casos particulares.”

Sin embargo, para entender el efectivo alcance de esta facultad es necesario especificar algunos elementos pre-configurativos de estos estándares de gestión:

El primero de ellos dice relación con la naturaleza de los servicios que presta el defensor penal público en su calidad de abogado; ésta es una obligación de medios y no de resultados. De esta forma, al asumir la representación del imputado, el defensor “se compromete a realizar todas las actividades lícitas destinadas a satisfacer las pretensiones de su cliente. Como estas serán determinadas finalmente mediante un acto jurisdiccional, el abogado no debe ni puede obligarse a un resultado”⁶⁹.

En segundo lugar, el énfasis en la determinación de los estándares tampoco se concentra en las obligaciones legales exigibles a los defensores, porque en ese sentido estos patrones serían redundantes con lo ya dispuesto en el Código Procesal Penal o la misma ley. Por lo tanto, se concentran en orientar a la exigencia de ciertos niveles en la prestación, a fin de garantizar una mejor defensa.

En tercer lugar, la definición de estándar. Etimológicamente el concepto proviene del inglés “**standard**” como señala el Diccionario de la Real Academia; “que sirve como tipo, modelo, norma, patrón o referencia”. Ahora bien, en la historia de la ley, el concepto original utilizado fue “niveles procesales básicos”, en los cuales los representantes del ejecutivo expresaron que la finalidad de la norma era establecer un

⁶⁹ MINUTA n° 74/08.08.2002/AR-MW, *Estándares de Defensa Penal Pública*, Documento Final Estándares, 30 de junio de 2006, Departamento de Evaluación, Fiscalización y Control de la Defensoría Penal Pública, Santiago de Chile, pág 3.

control de servicios básicos de defensa penal, a través del cumplimiento de ciertos niveles de exigencia en la prestación, ya que se consideró que era la única forma de garantizar una mejor defensa. Durante el debate parlamentario se reformuló este concepto a estándares básicos por ser la terminología utilizada en el Derecho comparado. “En verdad, si uno analiza detenidamente la historia fidedigna, el concepto del estándar esta asociado a ciertos contenidos de calidad en las prestaciones, ciertos parámetros de comportamiento que son sustratos básicos sobre los cuales debe descansar una garantía sustantiva al cumplimiento del derecho de la defensa.”⁷⁰

Se determinó a través de un profundo estudio en el interior de la Defensoría Penal Pública, que los estándares de defensa penal son normas que imponen al defensor penal público parámetros destinados a proporcionar a los beneficiarios del servicio una defensa penal de calidad real y efectiva. En ese sentido, son normas que pretenden dirigir el comportamiento del sujeto imperado o destinatario de esta norma, es decir, el defensor, sea licitado o público. Esto se traduce por lo tanto, en un conjunto de acciones judiciales y extrajudiciales, durante todas las etapas de la persecución penal dirigida en contra del imputado, destinadas a resguardar los derechos e intereses del beneficiario. Por otra parte, se trata de una defensa a cargo de abogados, materializando de esta forma la garantía constitucional de asistencia jurídica letrada establecida en el artículo 19 n° 3 de la Constitución Política⁷¹ Sin embargo es necesario precisar que el estándar de defensa penal no es una regla; mediante un estándar de defensa penal no resulta aconsejable fijar un procedimiento predeterminado y rígido de defensa, porque es imposible regular todas las situaciones que pueden presentarse en un caso y porque ello entraba la autonomía del defensor.

En ese sentido, la necesidad de establecer un conjunto de estándares a los cuales el comportamiento de los defensores debe ajustarse en la representación de los imputados confirma la voluntad del Estado de cumplir adecuadamente las obligaciones asumidas al ratificar convenciones internacionales como la Declaración Americana de

⁷⁰ CORDERO VEGA, LUIS, Seminario *Sistemas contractuales y estándares de Defensa Penal Pública*, Ob. cit., pág 108.

⁷¹ MINUTA n° 74/08.08.2002/AR-MW, Ob. cit, pág 4; Dicho concepto también es recogido en el considerando 5° de la Resolución Exenta 396 de la Defensoría penal Pública, que Fija los Estándares Básicos finalmente.

los Derechos y Deberes del Hombre, la Declaración Universal de Derechos Humanos, Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Pacto de San José de Costa Rica, el Código de Conducta para funcionarios encargados de hacer cumplir la ley, la Convención contra la tortura y otros tratos penales crueles, inhumanos o degradantes, entre otros documentos. La virtud, por lo tanto, de este método es el establecimiento de un mecanismo de protección de los derechos y garantías de los ciudadanos, materializando de esta forma el deber del Estado de propender a este amparo, pretendiendo así asegurar la defensa penal en todos sus aspectos.

En general, los objetivos de estos estándares de gestión en la defensa son los siguientes:

- a) Fortalecer el desempeño de los abogados defensores
- b) Aumentar la satisfacción de los beneficiarios del sistema
- c) Conseguir mayores grados de uniformidad en la aplicación de la ley.
- d) Desarrollar nexos al interior del sistema permitiendo una mejor planificación, coordinación, ejecución y monitoreo de los programas, definiendo roles, evitando duplicidades o conflictos irrelevantes.
- e) Otorgar científicidad y rigurosidad a los futuros procesos de retroalimentación.
- f) Determinar medios para prevenir disconformidades con estos estándares y eliminar sus causas.
- g) Aumentar la motivación, participación y toma de decisiones en la prestación de servicios por los abogados del sistema.
- h) Generar confianza en la capacidad de los procesos y en la calidad de la prestación de servicios, y proporcionan un método para la mejora progresiva del servicio.

El resultado concreto de este estudio realizado por la Defensoría Penal Pública, principalmente realizado por Departamento de Evaluación, Fiscalización y Control, se traduce en la Resolución Exenta nº 396 del 14 de abril de 2003 de la Defensoría Penal Pública, en la cual el Defensor Nacional, en ese entonces, don Rodrigo Quintana Meléndez, aprueba los Estándares Básicos para el Ejercicio de la Defensa Penal Pública.

La estructura interna de dicha resolución se compone obedeciendo un criterio material dejando de lado un criterio formal que derivaría en el establecimiento de un manual de procedimiento, que se contrapone a la natural autonomía del defensor penal. Luego, la formulación de esta resolución se expresa en:

- i) La formulación de estándares: Aquellas normas indicativas de modelos de conducta destinados a proporcionar un servicio de calidad, pero formulado en términos generales, pudiendo responder a uno o más objetivos específicos.
- ii) Determinación de objetivos: Son declaraciones de resultados que se esperan alcanzar y su cumplimiento depende directamente de la consecución de una o más metas.
- iii) Determinación de metas: Son los resultados de una o varias actividades específicas, y son estas metas las que permiten establecer las actividades que determinarán los indicadores que harán posible medir el nivel de desempeño.⁷²

Ahora bien, estos patrones de comportamiento no son meras declaraciones programáticas de la administración. El objetivo de su concreción es reforzar desde el interior del servicio el desempeño efectivo de los prestadores de asistencia letrada en materia penal, tanto de los profesionales integrados a la administración como los integrados por vía de licitación. El estándar “es utilizado como mecanismo de control

⁷² Resolución Exenta nº 396 del 14 de abril de 2003 de la Defensoría Penal Pública, publicada el 17 de abril de 2003.

estratégico del ejercicio de la defensa y, particularmente, nos permite monitorear, en términos de cifras grandes, la forma y modo en que se está prestando defensa y, en segundo lugar, la forma y modo en que se está comportando el sistema de defensa”.⁷³ Por lo tanto, y en coherencia con la importancia delegada en ellos se ha creado en sistema de control de cumplimiento.

De acuerdo al artículo 56 de la Ley 19.718, y el artículo 3º de la Resolución Exenta nº 396, el desempeño de los defensores y el cumplimiento de estos estándares será controlado por auditorías externas e inspecciones.

Las inspecciones corresponden a un mecanismo de control que involucra la existencia de profesionales de planta del servicio dedicado a efectuar visitas a los prestadores de defensa penal, con la finalidad de corroborar en terreno el nivel de calidad de esa gestión, pudiendo revisar las actuaciones, instalaciones, entrevistar a beneficiarios, jueces y en general recopilar todos los antecedentes necesarios para formarse una impresión precisa. Al término de la inspección se debe emitir un informe que debe remitirse al Defensor Regional, el cual dentro de 10 días lo pone en conocimiento del defensor evaluado para que dentro de 10 días formule sus observaciones.(artículos 57, 58 y 59 de la Ley 19.718)

Por otro lado, las auditorías externas conforman un mecanismo de control realizado por entidades externas, y su objeto es evaluar la calidad de la atención prestada y verificar la observancia de los estándares básicos. Ellas tienen lugar aleatoriamente. (artículos 60 y 61 de la Ley 19.718)

En ninguna de las dos modalidades de evaluación puede negarse acceso a la información, salvo que esta se encuentre amparada por el secreto profesional, sin perjuicio que los datos recopilados por este sistema de control tenga el carácter de confidencial.

⁷³ CORDERO VEGA, LUIS, Seminario *Sistemas contractuales y estándares de Defensa Penal Pública*, Ob. cit., pág 110.

La defraudación de estos estándares básicos tiene, bajo las disposiciones de la Ley 19.718, graves consecuencias para su infractor. El artículo 69 letra a), señala que los defensores incurrirán en responsabilidad:

“Cuando su defensa no fuere satisfactoria, de acuerdo con los estándares básicos, definidos por el Defensor Nacional, que deben cumplir en el procedimiento penal quienes presten servicios de defensa penal pública”

Asimismo el artículo 70 de la misma ley prescribe:

“Las sanciones que podrá aplicarse serán las siguientes:

- a) Multas establecidas en los contratos respectivos; y
- b) Terminación del contrato”

Por su parte el artículo 71 determina con mayor precisión que en caso de infracción a la disposición del artículo 69 letra a) se aplicará una multa, y que se hará efectiva sobre los porcentajes retenidos como garantía (artículo 50 inciso tercero), determinando además un sistema para cuando los montos sean insuficientes. Dicha decisión disciplinaria es susceptible de apelación dentro del quinto día ante el Defensor Nacional quien resuelve dentro de los 10 días siguientes. Además el artículo 74 refuerza esta sanción disponiendo que las sanciones aplicadas serán consignadas en un registro público y a disposición de cualquier interesado en las Defensorías Regionales.

Puede, por lo tanto, señalarse que desde la concreción definitiva realizada por la Administración a través de esta Resolución Exenta nº 396 del Defensor Nacional, en virtud del mandato expresado en la Ley 19.718, se reconoce una voluntad específica del Estado de Chile a determinar con toda precisión cuales van a ser los niveles de calidad mínimos que estos prestadores de asistencia judicial penal deberán cumplir en el desempeño su cargo, todo ello con evidentes fundamentos y raíces constitucionales. También es posible advertir las consecuencias de la defraudación de estos parámetros de comportamiento. Asimismo, estos patrones de conducta exigidos por el legislador y

determinados por el Defensor Nacional, han reforzado los elementos de profesionalización y diligencia que la propia Constitución Política ha configurado internamente en los presupuestos de la garantía del artículo 19 n° 3 incisos 2° y 3°.

Existe un último aspecto que es necesario precisar y que dice relación con la fijación práctica de los estándares y que se relaciona con ciertos conflictos que surgen en toda prestación de servicios profesionales. Estos problemas se vinculan principalmente con asimetrías de información o desequilibrios en el conocimiento de la gestión profesional. Esta disfunción es denominada “problemas de agente principal” o “conflictos de agencia”. En toda situación de prestación profesional intervienen dos sujetos; un agente, que es el encargado de efectuar el servicio, y un principal, que es el interesado en la ejecución de la prestación. Ahora bien, como existe diferencia de conocimientos, el principal se encuentra en una posición desmejorada y no es posible verificar con exactitud si la gestión desplegada por el agente se ajusta al procedimiento de trabajo que puede estar fijado en la ley o un protocolo reglamentario. Si el agente está decidido a evaluar este comportamiento del profesional se elevan los costos de la transacción y se dificulta económicamente la operación. Por lo tanto, una de las formas de alivianar estas asimetrías y en definitiva las consecuencias del problema de agente principal es a través de la fijación de ciertos estándares de gestión, que tienen un propósito muy claro en transparentar la información y asimismo en controlar los recursos que se invierten en la labor del agente. La importancia de la fijación de estos estándares en la Defensoría Penal Pública trascienden significativamente; “El desafío que debe encarar un buen diseño institucional de prestación de servicios es instituir como principal al directamente afectado por el servicio y no en cambio a un tercero que resulta sólo indirectamente afectado por él. En el caso de la Defensa Penal Pública el principal es el imputado y no el Estado y por lo mismo el desafío del diseño institucional consiste en asegurar que el imputado y no el Estado posea la capacidad de influir en la conducta o el comportamiento del defensor a fin de que sus intereses coincidan, hasta cierto punto, con los suyos”.⁷⁴

⁷⁴ PEÑA GONZALEZ, CARLOS, Seminario *Sistemas contractuales y estándares de Defensa Penal Pública*, Ob. cit., pag 21

CAPÍTULO IV EL ESTADO CHILENO COMO PROVEEDOR DE BIEN PÚBLICO
JUSTICIA Y PRESTADOR DE SERVICIOS DE ASISTENCIA JUDICIAL

1.- Situación histórica y vigente de la asistencia judicial en Chile.

Se ha identificado hasta este punto el compromiso constitucional del Estado chileno en organizar un sistema a adecuado y suficiente de asistencia jurídica que provea a los ciudadanos que carecen de facultades económicas suficientes para costear esa representación particular, de una tutela profesional letrada que se ajuste a patrones mínimos de calidad de servicios.

En ese sentido, lo que he denominado como Bien Público Justicia es un producto compuesto de la intervención de múltiples factores de la vida pública, en el que los prestadores de asistencia jurídica catalizan una importante proporción en el output de satisfacción ciudadana del consumo final de este bien público. Es a través de ellos, que las personas de escasos recursos accederían a la orientación adecuada y representación judicial necesaria para defender sus pretensiones en juicios jurisdiccionales.

He señalado también que en la actualidad, los mecanismos de asistencia judicial están principalmente conformados de forma orgánica por 3 organizaciones, o instituciones: La Corporación de Asistencia Judicial (compuesta por 4 ramas territoriales), sistema de Abogados del Turno y La Defensoría Penal Pública.

Sin embargo, en Chile el servicio de asistencia judicial ha tenido un desarrollo progresivo marcado principalmente por la derogación de los Colegios Profesionales como entidades públicas y su afiliación obligatoria. El profesor Davor Harasic ha identificado en esta historia de la asistencia judicial tres períodos:⁷⁵

a) La asistencia judicial hasta el año 1973;

Durante esta etapa el servicio estaría básicamente otorgado por la labor del Colegio de Abogados, la institución de abogados del turno, la labor académica asumida por algunas Universidades, y la iniciativa privada representada en algunos consultorios ubicados en las comunas más desposeídas.

⁷⁵ HARASIC YAKSIC, DAVOR, "La asistencia jurídica y el acceso de los pobres al sistema legal", en AYLWIN OYARZÚN, MIGUEL *Justicia y sectores de bajos ingresos*, Ob cit. , pág 181 y siguientes.

En concreto, el primer hecho de relevancia en la historia de este servicio público es la promulgación en septiembre de 1928 la Ley del Colegio de Abogados, en la cual una de sus disposiciones hacía referencia a que los bienes del Colegio no podría aplicarse sino a mantener Servicio de Asistencia Jurídica gratuito para los pobres. Luego, esta actividad se denominaría Servicio de Asistencia Judicial. No se puede explicar bien el porqué estos servicios continuaron a cargo del Colegio, pero por mandato de la Ley Orgánica 4.409, esta institución mantuvo hasta entonces consultorios en donde los egresados de la carrera de Derecho debían hacer una práctica de seis meses como requisito para su titulación, a cargo de un Abogado Procurador. Sin embargo ya en esa época se advertía que esta práctica profesional era un mero trámite y en ningún momento se analizó si constituía este servicio en factor de relevancia en un mayor acceso a la justicia.

La regla de los Abogados de Turno se establecía en el artículo 595 del Código Orgánico de Tribunales y correspondía su designación a las Cortes de Apelaciones para el Departamento en donde tuviesen residencia, y en las otras localidades la designación era hecha por los Jueces de Letras de mayor o menor cuantía.

b) La asistencia judicial entre el 11 de septiembre de 1973 y mayo de 1981

A pesar del advenimiento del gobierno de la Junta Militar, las instituciones encargadas de la asistencia judicial se mantuvieron sin grandes modificaciones. Conjuntamente con ello, ante el peligro de indefensión en que se encuentra una cantidad de personas, las iglesias católicas, evangélicas, ortodoxas y la Comunidades Israelitas concurren, en octubre de 1973, a la creación de un organismo denominado Comité Cooperación para la Paz en Chile. En diciembre de 1975 el Comité pone término a su labor. El 1º de enero de 1976, y en la línea de reafirmar la opción histórica de la Iglesia Católica a favor de los más débiles de la sociedad, el Cardenal Arzobispo de Santiago, don Raúl Silva Henríquez, crea la Vicaría de la Solidaridad.

La labor de la Vicaría, cuyo rol es protagónico en la protección de los Derechos Humanos en el período del gobierno militar, fue fundamental en el campo de la asistencia judicial destacando los programas de protección a la libertad personal, programas de denuncia por privación arbitraria de libertad y otros atentados a los derechos fundamentales, programas de defensa judicial en procesos por delitos políticos, apoyo jurídico a chilenos exiliados, entre otras importantes iniciativas.

“Sea cual fuere el planteamiento ideológico que se tenga sobre la materia, no cabe duda de que, desde un punto de vista estrictamente profesional, la Vicaría de la Solidaridad ha cumplido con una importante labor de ampliación de cobertura de la Asistencia Judicial y Legal a un universo de personas que, sin su existencia, se habrían visto entregadas probablemente a la indefensión o a la buena voluntad de abogados que pudieran desinteresadamente y válidamente prestarles su asesoría. Esta labor de la Vicaría ha sido reconocida internacionalmente, por diversos organismos y premios que en tal sentido le han otorgado”⁷⁶

c) La asistencia judicial a partir de mayo de 1981

El 8 mayo de 1981 se promulga el Decreto Ley 3.621, cesando toda la actividad asistencial del Colegio de Abogados. Con el propósito de no cerrar los consultorios ya abiertos, el 8 de mayo de 1981, misma fecha de derogación de estas labores, se transforman por la Ley 17.995 los antiguos consultorios en Corporaciones de Asistencia Judicial, que pasan a hacerse a cargo de los bienes del Colegio de Abogados y son declaradas continuadoras legales de los mismos, obteniendo personalidad jurídica correspondiente. La ley crea en este momento 3 Corporaciones de Derecho Público; la de la Región Metropolitana, la de la Región de Valparaíso y la de la Región del Bio Bío con domicilio en Concepción. Posteriormente en 1987 a través

⁷⁶HARASIC YAKSIC, DAVOR, “La asistencia jurídica y el acceso de los pobres al sistema legal”, en AYLWIN OYARZÚN, MIGUEL *Justicia y sectores de bajos ingresos*, Ob cit. , pág 186

de la Ley 18.632 se crea la Corporación de Tarapacá y Antofagasta, con domicilio en Iquique.

“A principio de los años noventa, en el proceso de recuperación de la democracia , el Ministerio de Justicia, con el apoyo de la Comunidad Económica Europea, desarrolla un programa piloto llamado Programa de Asistencia Jurídica *Acceso a la Justicia* (PAJ), con el objeto de mejorar este tipo de servicios. Este programa introdujo nuevas metodologías en la atención a usuarios, incorporando además de la representación en juicio, la prevención de conflictos y la promoción de derechos y la solución colaborativa de conflictos, con énfasis en la participación y calidad en la prestación...

Por otra parte entre los años 1997 y 2000, el Ministerio de Justicia se aboca a la implementación del Plan Nacional de Modernización de las Corporaciones de Asistencia Judicial, que se ha introducido en una nueva estructura organizacional para cada Corporación, profesionalización de los niveles directivos, desconcentración administrativa de las regiones, incorporando técnicas usadas por el PAJ, de planificación estratégica, evaluación `por desempeño y control de gestión. Además se fortaleció el servicio reestructurando los consultorios jurídicos, incorporando consultorios móviles , creando Oficinas de Segunda Instancia, aumento de jornadas y dotación de profesional, de la misma forma que lo hacía el Programa Acceso a la Justicia”⁷⁷

Sin embargo, desde la concreción progresiva en Chile de la Reforma Procesal Penal, a través de la implementación de la Defensoría Penal Pública, se marca una nueva etapa en la gestión de la asistencia judicial en Chile, que significa importantes consecuencias en la adopción de un sistema que se adecua a exigencias internacionales de la prestación de este servicio público, tanto en la composición orgánica de la Defensoría, como en las normas de funcionamiento interno que sujetan el sistema.

⁷⁷ PRIMER FORO IBEROAMERICANO DE ACCESO A LA JUSTICIA, Conclusiones, Departamento de Asistencia Jurídica del Ministerio de Justicia y Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, Ministerio de Justicia, enero 2006, Santiago de Chile, pág 43.

Pasamos a examinar a continuación entonces las tres entidades orgánicas en la que descansa principalmente el servicio de asistencia judicial.

2.- Los Abogados del Turno.

Este sistema se origina con la Ley de Organización de los Tribunales en 1875. Este cuerpo legal establecía que era obligación de los abogados defender gratuitamente las causas de los pobres que se les encomendasen. Los abogados de turno, a diferencia de los abogados de planta del Servicio de Asistencia Jurídica eran designados por las Cortes de Apelaciones en las ciudades en que existían y en los otros departamentos eran designados por Jueces de Letras.

La supervisión de los abogados de turno era realizada por el Colegio de Abogados, por lo que se les impuso además la carga de rendir cuenta acerca de la marcha de los procesos por ellos sustanciados.

En concreto, el abogado tiene la obligación de hacerse cargo de un número de causas, las que recibe en el estado procesal en que se encuentren para dejarlas sólo cuando se dicte sentencia de término. Es decir, asume con plenitud tanto el patrocinio como el mandato judicial en la causa y asume todas las responsabilidades profesionales al respecto.

La regulación de este sistema de asistencia está basada en las siguientes normas:

- a) Ley 18.510, del 14 de mayo de 1986; Genera el sistema que impone la obligación al tribunal de nombrar, cada mes tres abogados de turno ad-

honorem entre los no exentos con la finalidad de representar en los tribunales a las personas que el juez haya beneficiado con el privilegio de pobreza.

- b) Ley 18.120, artículo 13; En esta disposición se establece que “En las ciudades donde rijan las obligaciones establecidas en este artículo y no existieren entidades públicas o privadas que presten asistencia jurídica o judicial gratuitas, las personas notoriamente menesterosas, a juicio del tribunal, serán representadas gratuitamente por el abogado del turno”
- c) Código de Procedimiento Penal, artículo 278; referido a la designación de un abogado del turno como apercibimiento a quien no designa un abogado al momento de notificársele el auto de procesamiento.
- d) Código Orgánico de Tribunales, artículo 595 a 599; Estas en definitiva son las normas que regulan con mayor rigor las directrices del funcionamiento de esta institución:
 - i) Designación: Señala el artículo 595 inciso 1º:

“Corresponde a los jueces de letras designar cada mes y por turno, entre los no exentos, un abogado que defienda gratuitamente las causas civiles, otro que defienda las causas del trabajo y un tercero que defienda las causas criminales de las personas que hubieren obtenido o debieran gozar del mencionado privilegio. Con todo, cuando las necesidades lo requieran, y el número de abogados en ejercicio lo permita, la Corte de Apelaciones respectiva podrá disponer que los jueces de letras designen dos o más abogados en cada turno, estableciendo la forma en que se deban distribuir las causas entre los abogados designados.”

Los incisos 3º y 4º remarcan: “Cuando alguna persona que goce del privilegio de pobreza no pueda ser servida por los abogados, procuradores y receptores nombrados, el juez de letras podrá designar un abogado, un procurador o un receptor especial que la sirva.

En las comunas o agrupaciones de comunas en donde hubiere dos o más jueces de letras, hará las designaciones generales prevenidas en los dos primeros incisos de este artículo, el más antiguo, y las especiales del inciso precedente el que conociere del negocio en que han de aplicarse.”

ii) Extensión de la carga; artículo 598 inciso 1º

“Es obligación de los abogados defender gratuitamente hasta su término las causas de pobres que se les encomienden en conformidad a los preceptos de este título.”

iii) Sanción al incumplimiento: El inciso 2º del artículo 598 dispone

“El abogado que no cumpliera esta obligación será sancionado con suspensión del ejercicio de la profesión hasta por seis meses, por el tribunal que conozca de la causa en que se hubiere producido el incumplimiento.

De la resolución que imponga la sanción se podrá reclamar dentro de tercero día, ante el tribunal superior jerárquico del que la dictó.

Una vez firme la resolución que imponga una suspensión del ejercicio de la profesión deberá ser comunicada por la Corte de Apelaciones respectiva a los tribunales de su territorio jurisdiccional.”

iv) Exenciones; Por Excepción artículo 598 inciso inciso 2º dispone,

“Los abogados podrán excepcionarse de esta obligación por motivos justificados que serán calificados por el juez que conozca de la causa en que

aquél deba cumplir la obligación el que resolver esta materia de preferencia y proveer simultáneamente la designación del reemplazante.”

Por otro lado el artículo 599 dispone;

“Están exentos de la obligación establecida por el artículo precedente:

1. Los abogados que se hallaren en actual ejercicio de algún cargo concejil, y
2. Los que estuvieren nombrados por el Presidente de la República para integrar la Corte Suprema y las Cortes de Apelaciones.”

Las críticas ha este modelo de asistencia judicial son mayores. Proviene desde la estructura compositiva, el funcionamiento, la irregularidad en el desempeño, hasta la significativa desigualdad de su carga. Se ha señalado desde distintos estudios que:

1º.- Nunca se ha podido controlar la eficiencia de la gestión de los abogados.

2º.- El sistema no ofrece ningún incentivo a los abogados de turno, los que se ven obligados a soportar esta carga sobrellevándola gratuitamente

3º.- En general la mayoría de los posibles usuarios de este sistema desconocen la institución.

4º.- El abogado de turno es una carga pública en virtud de la cual la transferencia la soporta un reducido sector de ciudadanos en presuntas mejores condiciones económicas a favor de los desposeídos; esto atentaría directamente contra el texto de nuestra Constitución en su artículo 19 nº 20. A modo de ejemplo, esto equivaldría a crear por ley un impuesto que afecte exclusivamente a ciertas categorías de profesionales, que bien podrían ser médicos o profesores. Si la carga estuviese

repartida de manera que cada profesional debiese realizar esta labor asistencia por un período objetivo de tiempo la carga encontraría algunos rasgos de paridad en el reparto y sería constitucional.

5.- El profesor Alex Carocca Pérez también ha señalado que “en definitiva, con estos atrasados modelos de defensa de oficio, lo que hacía el Estado era transferir su propia obligación a los abogados particulares, expropiándole ilegalmente parte de su jornada de trabajo, y , por consiguiente, entregándole a los imputados que lo requerían, las personas más pobres del país, una prestación profesional que no pasaba de ser un acto de caridad”⁷⁸

6.- Las consecuencias de la derogación de los Colegio de Abogados como entidades públicas, cuyas facultades fiscalizadores en el plano ético del ejercicio de la profesión importaban un importante factor de evaluación han debilitado asimismo este sistema. El profesor Harasic ha señalado que “Los abogados cumplen escasamente con esta obligación, eluden su cumplimiento con variadas excusas o la desempeñan de un modo negligente por que no les reporta ningún beneficio pecuniario. Sus descuidadas actuaciones ocasionan a menudo consecuencias peores que si el juicio no hubiere tenido defensa...Tal como veremos más adelante, la adscripción obligatoria de los abogados a un Colegio Profesional ha sido derogada por ley y, por ende, se ha privado al Colegio de Abogados de la atribución de velar por el cumplimiento ético por parte de los profesionales, con posibilidad de sancionarlos en caso de infracción. En la actualidad, pues, el incumplimiento de las obligaciones legales y éticas resulta difícilmente sancionable. Así la institución del abogado de turno seguirá siendo, como hasta ahora, insuficiente, cuando no ineficaz, salvo que se implemente un sistema efectivo de control, evaluación de trabajo y sanción para los infractores.”⁷⁹

⁷⁸ CAROCCA PÉREZ, ÁLEX, *El nuevo sistema Procesal Penal*, Ob. cit., pág 59.

⁷⁹ HARASIC YAKSIC, DAVOR, “La asistencia jurídica y el acceso de los pobres al sistema legal”, en AYLWIN OYARZÚN, MIGUEL *Justicia y sectores de bajos ingresos*, Ob cit., pág 183, 184.

3.- La Corporación de Asistencia Judicial (CAJ).

Las Corporaciones de Asistencia Judicial, como instituciones herederas del trabajo asistencial realizado por los Colegios de Abogados como ya se ha explicado, son organismos con personalidad jurídica y patrimonio propio, sin fines de lucro, aunque en la práctica los fondos operacionales son entregados casi en su totalidad por el Fisco a través del Ministerio de Justicia, sin perjuicio que en los últimos años han ido instalando consultorios comunales asociados con diferentes Municipalidades.

Cada una de estas Corporaciones, que son 4 en la actualidad, es dirigida por un Consejo Directivo, encargado de fijar sus políticas y metas y de administrar su patrimonio, el que a la vez designa a su Director General, en quien puede delegar facultades de administración.

Ahora bien, el marco legal que regula estas instituciones está constituido por las siguientes disposiciones legales y administrativas:

- a) Ley 17.995 del 8 de mayo de 1981; Este texto, en conjunto con el Decreto Ley 3.621 transforma los Consultorios de Asistencia Judicial dependientes del Colegio de Abogados, en tres Corporaciones para las regiones Metropolitana, Valparaíso y Bío Bío.
- b) Ley 18.632 del 24 de julio de 1987 crea la Corporación de Asistencia Judicial de Tarapacá y Antofagasta, con domicilio en Iquique.
- c) Estatutos administrativos; Cada Corporación tiene estatutos propios, aprobados por el Decreto con Fuerza de Ley 944 del 2 de julio de 1981, 994 y 995 del 16 de julio de 1981, y finalmente el Decreto con Fuerza de Ley n°1 del 4 de diciembre de 1987, definiendo a través de ellos su territorio jurisdiccional, objetivos, estructura orgánica y funciones.
- d) Ley 19.263; Establece que las disposiciones del estatuto administrativo no se aplican al personal de las Corporaciones de Asistencia Judicial, el que se ha regido y continuará rigiéndose exclusivamente por los respectivos contratos de

trabajo y las normas aplicables al sector privado, en virtud de lo dispuesto en los citados cuerpos legales. Esto encontraría su fundamento en los reiterados dictámenes de la Contraloría General de la República en el sentido de que el personal de las Corporaciones de Asistencia Judicial no se rige por las normas del Estatuto Administrativo.

El funcionamiento de la CAJ está basado en la siguiente estructura:

- a) Directo Ejecutivo; Cargo de nivel corporativo, quien se preocupa de determinar las directrices generales y las políticas de gestión para el logro de sus finalidades. Además cumple con un rol externo que se traduce en velar por mantener y manejar las relaciones del servicio con otros entes relacionados y con la opinión pública.
- b) Directores Regionales; Operan a nivel divisional, y son quienes deben velar por el cumplimiento de los fines del servicio, para lo cual deben supervigilar la actuación de los consultorios que estén bajo su jurisdicción, cuidan de las relaciones con los municipios, promueven la generación de nuevos convenios, y cuidan de las relaciones laborales y materiales de los consultorios locales.
- c) Abogados Jefe; Cargo de nivel operacional, son quienes en definitiva velan por el cumplimiento de los objetivos de la Corporación, y para ello están encargados de fijar las políticas de atención a usuarios, cuidar de la marcha de los juicios que tramitan los postulantes, integrar los tribunales de conducta y atender las consultas del público
- d) Postulantes; Son aquellos egresados de la Carrera de Derecho de las respectivas facultades a lo largo del país y que realizan su práctica profesional por el tiempo que ha determinado el Reglamento nº 265 del Ministerio de Justicia del 2 de octubre de 1985, cuya antecedente es el Decreto nº 6.392 del Ministerio de Educación del 31 de diciembre de 1929, promovido a su vez por el artículo 529 nº4 del Código Orgánico de Tribunales. Dicho tiempo de práctica hasta el día de hoy es de 6 meses de trabajo efectivo. Si bien estos egresados no son considerados como integrantes de los recursos humanos de las corporaciones, los postulantes en el fondo constituyen la fuerza de trabajo

inmediato de estas instituciones, pues en definitiva en ellos recae la obligación de la planificación y desarrollo de las presentaciones ante los tribunales.

Resulta imprescindible en este momento realizar un análisis de este Reglamento por una razón argumentativa. Los contenidos de este Reglamento fijan las reglas generales del servicio asistencial que se prestará a través de las CAJ, sin perjuicio de la facultad instructiva de sus Directores y Abogados Jefe. Esto tiene una importancia cualitativa, y en cierta medida política, ya que a través de su texto pueden encontrarse las expresiones de la Administración con el propósito de darle algún contenido a este servicio. Me permito citar los artículos más relevantes y atinentes del Reglamento de práctica profesional de postulantes al título de abogado, publicado el 2 de octubre de 1985. Sin embargo su cuestionamiento crítico se expondrá luego.

a) Concepto de práctica profesional:

Artículo 1º. - La práctica profesional que el postulante debe efectuar en alguna de las Corporaciones de Asistencia Judicial creadas por la Ley N°17.995, es uno de los requisitos necesarios para optar al título de Abogado.

La práctica profesional tiene por objeto, en el orden social la atención jurídica gratuita de las personas que no cuentan con los medios necesarios para sufragar los gastos de su defensa por abogados particulares y en el orden didáctico, la aplicación de los conocimientos adquiridos durante sus estudios universitarios

b) Extensión de la práctica

Artículo 4º. - La práctica forense tendrá una duración de seis meses consecutivos e ininterrumpidos y sólo podrá suspenderse por fuerza mayor, la que será calificada por el Director de la Corporación.

c) Título III, Asistencia y continuidad de la práctica

Artículo 7º. - Será obligación del postulante asistir con puntualidad los días y horas de funcionamiento del respectivo Consultorio, para los efectos de atención al público que concurre a él, que serán fijadas por el Abogado Jefe.

En casos de ausencias o atrasos reiterados, podrá el Director General de la Corporación, previo informe del Abogado Jefe, poner término anticipada a la práctica del postulante, no teniendo valor alguno el tiempo servido.

No obstante lo dispuesto en el inciso anterior, podrán admitirse hasta cinco inasistencias justificadas, las que deberá compensar en igual número de días indicados, el Director podrá excusarlas, siempre que aparezcan debidamente fundadas y la conducta y contracción del postulante hayan sido satisfactorias, pudiendo ordenar se compensen dobladas al término de su práctica.”

d) Título IV De las obligaciones de los postulantes

Artículo 9º. - Los postulantes estarán bajo las órdenes inmediatas del Abogado Jefe de la Sección o Consultorio respectivo y deberán acatar todas las instrucciones que éste imparta, debiendo dicho profesional proporcionarles toda la ayuda y el material que para el cumplimiento de sus obligaciones precisen.

Artículo 10º. - Los postulantes tendrán las siguientes obligaciones:

- a) Atender la defensa de los juicios y la atención de los demás asuntos que el Abogado Jefe le encomiende;
- b) La Asistencia a las reuniones jurídicas que determine el Director General o el Abogado Jefe;

c) Durante la semana previa a la terminación del período legal de la práctica, el postulante deberá hacer una entrega formal al Abogado Jefe de todos los asuntos a su cargo. Esta entrega comprenderá una sucinta relación escrita en duplicado del estado de las causas y de las actuaciones pendientes de mayor urgencia tales como comparendos, pruebas, recursos y otras de índole similar.

El último día deberá hacer entrega de todas las carpetas con los asuntos que hayan estado a su cargo y hará presente las variaciones que se hayan producido desde la fecha de la relación, si la hubiere.

Artículo 11º. - Los postulantes durante su práctica deberán, además:

- a) Absolver las consultas del público y anotarlas en las fichas destinadas al efecto;
- b) Estudiar con detención, bajo la dirección de los abogados procuradores, los aspectos de hecho y de derecho de los asuntos que le encomienden, someterlos a su aprobación y evacuar con prontitud las diligencias y trámites que procedan;
- c) Consultar con el abogado patrocinante cualquier duda que surja en la tramitación de un asunto y darle cuenta de todas las dificultades que se le presenten;
- d) Presentar en los tribunales respectivos u oficinas que correspondan los escritos y solicitudes del caso, tomando nota de su proveído e informar al abogado patrocinante, y en lo pertinente, a la o las personas asistidas;
- e) Formar y mantener al día un expediente completo de cada gestión que les sea encomendada, el que contendrá, además de las copias de los escritos correspondientes, las providencias recaídas en ellos y constancia de las notificaciones efectuadas.

Los documentos que se hubieran acompañado a los autos se indicarán por medio de una anotación en que conste su fecha, naturaleza y en general de los datos necesarios

para su completa individualización, además, en cada expediente se incluirá una hoja con un detalle completo de cada una de las gestiones realizadas;

f) Dar oportuno cumplimiento a las instrucciones que sean impartidas por el Abogado Jefe o por el Director General de la Corporación, y

g) Otorgar a los recurrentes y público en general, un trato cortés y deferente.

Artículo 12º. - Los postulantes no podrán hacer presentación ante los tribunales u oficinas fiscales o privadas, sin la anuencia del abogado patrocinante, quien no lo autorizará con su firma si no está escrita a máquina y con el número de copias que sea necesario.

Los postulantes deberán dejar una copia con el cargo respectivo de toda presentación o escrito y anotar las providencias que en éstos recaigan, formando en cada caso un legajo que permita al Abogado Jefe su más rápida revisión.

Por regla general, toda presentación debe llevar la firma del Abogado Jefe del respectivo Consultorio o Sección o del abogado patrocinante en su caso, salvo casos urgentes o escritos de mero trámite.

d) Título VII Medidas disciplinarias.

Artículo 27º. - El postulante que faltare a sus obligaciones podrá ser sancionado disciplinariamente con amonestación verbal, censura por escrito, suspensión hasta por diez días, prórroga o cancelación de la práctica, según sea la gravedad del hecho.

Estas medidas serán decretadas por el Director General de la Corporación. Para ello usará un procedimiento breve y sumario, oyendo al Abogado Jefe del Consultorio o Sección el cual el postulante se encuentre realizando su práctica.

Pues bien, otro punto es explicitar cuales son los usuarios o beneficiarios de este sistema de asistencia judicial. Si bien no existe un mecanismo rígido, pueden verificarse ciertas "pautas de selección", por lo que el criterio cambia ligeramente de un consultorio a otro. Sin embargo, y a modo general podemos caracterizar algunos de estos factores;

a) Las personas provenientes de familias con ingresos inferiores a \$90.000 pesos por integrante en la zona urbana y a \$45000 en zona rural.

b) Los detenidos en recintos penitenciarios que no cuenten con recursos para pagar un abogado.(Bajo los presupuestos del antiguo procedimiento penal)

c) Los afectados por violencia intrafamiliar.

d) Los casos de secuestro internacional de menores, u otros problemas que requieran asistencia de la Oficina Internacional, el Centro de Mediación o la Oficina de Derechos Humanos.

Para entregar asistencia judicial gratuita a otras personas con ingresos por sobre a los ya señalados, es necesario que los profesionales de las CAJ, generalmente asistentes sociales, evalúen los siguientes aspectos: ingresos y gastos familiares, condiciones laborales, sistema de salud, nivel de escolaridad, situación habitacional y patrimonial, y otras situaciones especiales, como enfermedades catastróficas.

Finalmente es necesario explicitar aquellas materias que son atendidas por la CAJ, y aquellas que son directamente excluidas. La regla general es que se atiendan todo tipo de consultas divididas en cinco grupos; Conflictos conyugales, Familiares y hereditarios, Vivienda, Alimentos, Contratos, y Otros (laborales, penales y previsionales). Se excluyen por lo tanto, y en primer lugar materias que en atención al monto elevado de lo litigioso no se corresponde con las finalidades de la CAJ, y otras

excepciones referidas a la naturaleza del asunto. Entre ellas se encuentran la constitución de sociedades y sindicatos, cobranzas judiciales, partición de bienes, redacción de contratos, tramitación administrativa de pensiones, querellas de acción penal privada, y defensa por delitos relativos al narcotráfico.

Las críticas a este modelo tampoco favorecen el grado de satisfacción de Acceso a defensa letrada. Quisiera organizar estas ideas en tres puntos:

1.- Desde la perspectiva constitucional pueden darse dos ideas de importancia.

Se ha señalado, respecto al servicio entregado por los postulantes, que “como hemos venido sosteniendo hace mucho tiempo, nos parece que definitivamente la prestación de la defensa por parte de los postulantes al título de abogados, durante el tiempo de su pasantía, es inconstitucional porque no cumple con la exigencia de que ella sea prestada por letrado, como señala el art. 19 N°3 inc. 2 de la Constitución, lo que significa siempre un profesional ya titulado, mismo significado a nuestro parecer que cabe atribuirle a la expresión defensor que emplean los tratados internacionales sobre Derechos Humanos como, por ejemplo, los arts. 8 inc.2, letras d) y e) de la Convención Americana de Derechos Humanos y 14 inc. 3 letra d) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.”⁸⁰

Debe agregarse además el argumento de la desigualdad en la distribución de las cargas públicas, ya que sólo los egresados de la carrera de Derecho deben obligatoriamente cumplir con este servicio en favor del Estado. “Suele argumentarse que la práctica tiene por objeto un fin social. Pero este fundamento es abiertamente inconstitucional, puesto que se estaría imponiendo, arbitrariamente, una carga pública discriminatoria, cosa que no se hace respecto de otros profesionales- a excepción de los médicos- una carga tan injusta e inconstitucional que abiertamente viola el artículo 19 N° 20 de la Constitución. Y peor aún, considerando que la práctica forense fue establecida por simples normas sin rango legal no cabe la menor duda que la

⁸⁰ CAROCCA PÉREZ, ÁLEX, “ La Defensa Penal Pública”, Editorial Lexis Nexis, 1º edición, 2002, Santiago de Chile, pág 133.

antedicha carga y las normas que la contemplan son flagrantemente inconstitucionales”⁸¹

2.- La carencia de mecanismos de control de calidad del servicio entregado.

Esto resulta tremendamente importante y merece una explicación desde la regulación del servicio a la práctica de los mecanismos de fiscalización.

Si se atiende a los artículos 7, 9, 10, 11 y 12 del Decreto Supremo 265 del Ministerio de Justicia recién citados, se puede concluir que el sentido de estas normas no establecen patrones de conductas, en el sentido de **estándares** como se ha caracterizado anteriormente, sino más bien se identifican con reglas de procedimiento que no están fijadas para asegurar una calidad homogénea en la prestación asistencial de los postulantes. Si bien pudiera a llegara comprenderse que los alumnos en práctica egresados de la carrera no pueden gozar de una total autonomía en la planificación de sus estrategias procesales las obligaciones generales establecidas en estas disposiciones no parecen suficientes para satisfacer una gestión de calidad, sino que sólo están destinadas a asegurar la presencia del postulante Asimismo, no existen métodos de control externo para la gestión de la CAJ, como auditorias o informes, y el método de evaluación ordinario que constituye el informe final, no resulta un mecanismo verdaderamente eficiente.

3.- La inexistencia de estímulos para los postulantes en el transcurso y al término de la práctica profesional.

En ese sentido sólo aquellos alumnos que han cumplido esta obligación con calificación sobresaliente reciben una carta tipo de felicitación del Director Regional. Los otros, reciben un simple certificado de evaluación, cuando es solicitado.

De esta forma no puede siquiera pensarse a nivel organizacional, en obtener los mejores resultados y el mayor compromiso de los postulantes en donde no existen motivaciones para el mejor desempeño. Durante el período de extensión de esta

⁸¹ BALMACEDA JIMENO, NICOLAS, Ob cit., pág 30

práctica, que ha sido determinado por un reglamento administrativo, no sólo se debe cumplir con esta carga impuesta, sino que además debe costearse por los propios postulantes, lo que convierte en realidad esta gestión en un gasto para quien incluso presta el servicio asistencial.

En ese sentido parece poco probable que el output de este sistema asistencial sea óptimo. No puede esperarse obtener un grado de satisfacción por los usuarios de este sistema cuando no existe siquiera un modelo interno que apoye la calidad del servicio prestado. Quisiera además expresar el contrasentido que resulta que por una parte se realice un compromiso constitucional de asistencia jurídica letrada, y luego se compense desde la legalidad, con una obligación para aquellos egresados de la carrera de prestar ese servicio público. Esto me parece, al menos, frustrante. Resulta completamente inadecuado que el principal prestador de esta asistencia se organice en base a esta contradicción estructural, ya que esto tiene consecuencias evidentes en el funcionamiento del servicio y en el producto final.

4.- La Defensoría Penal Pública

La instauración del nuevo procedimiento de enjuiciamiento criminal en Chile exigió la organización de un servicio público que se encargara de la defensa de los imputados que no contaran con abogado particular. La exigencia no sólo fue la de organizar este servicio sino que además se impuso la obligación de la participación exclusiva de abogados y además la garantía de la prestación del servicio bajo patrones mínimos de calidad.

Es así como nace la Defensoría Penal Pública como un servicio público por la Ley 19.718 publicada el 10 de marzo de 2001. Es un servicio descentralizado funcionalmente y desconcentrado territorialmente, dotado de personalidad jurídica y patrimonio propio, sometido a la supervigilancia del Presidente de la República a través del Ministerio de Justicia. Su autonomía es de rango legal, por lo que necesariamente se integra a la Administración Pública central y se encuentra así ligada al Presidente de la República.

La finalidad de este servicio, señala el artículo 2 de la Ley 19.718, es proporcionar defensa penal a los imputados o acusados por un crimen, simple delito o falta que sea de la competencia de un juzgado de garantía o de un tribunal oral en lo penal y de las respectivas Cortes, en su caso, y que carezcan de abogado

La Ley 19.718, es resultado de una importante labor legislativa, en donde se explicita la voluntad del Estado de crear un servicio asistencial que se encargue de los imputados que carecen de defensa privada, proporcionando el servicio de abogados previamente seleccionados y respecto de los cuales existe un importante control disciplinario y de gestión. Esto último, reforzado con la implementación de estándares como un método de garantía de la defensa y su calidad, y cuya infracción importa graves consecuencias para el prestado, como ya se ha visto.

Los beneficiarios de este servicio son todas aquellas personas que siendo imputadas o acusadas en un proceso penal carecen de abogado que asuma su defensa. La regla general es que esta gestión de representación es gratuita, y excepcionalmente los beneficiarios que dispongan de recursos suficientes, según criterios administrativos fijados en el Arancel de la Defensoría Nacional, deberán pagar los servicios en parte o en su total.

Muy brevemente explicaré la conformación de este servicio:

a) Defensoría Nacional; La unidad superior encargada de la administración de los medios y recursos necesarios para prestación de la defensoría penal pública en todo el país. Asimismo, el jefe superior es el defensor Nacional, quien es un funcionario de exclusiva confianza del Presidente de la República.

En el Defensor Nacional se radican las siguientes funciones:

- Dirigir, organizar y velar por el cumplimiento de los objetivos de la Defensoría
- Fijar los estándares procesales básicos.
- Elaborar cada año el presupuesto

- Asumir la representación judicial y extrajudicial del servicio
- Programar actividades de capacitación de los defensores
- Contratar las empresas de auditoría
- Llevar las estadísticas del servicio y elaborar una memoria de su gestión anual.

b) Consejo de Licitaciones de la Defensa Penal Pública; Se trata de un organismo colegiado, encargado de proponer al Defensor Nacional los montos a licitar, aprobar las bases de las licitaciones, resolver las apelaciones de las resoluciones de los Comités de adjudicaciones regionales y disponer la terminación de los contratos de los licitantes cuando proceda por incumplimiento de sus obligaciones, conforme al contrato o a la ley.. Está compuesto por el Ministerio de Justicia o el Subsecretario, el Ministro de Hacienda o su representante, el Ministro de MIDEPLAN, un académico con más de 5 años de experiencia en materia penal o procesal penal designado por el Colegio de Abogados de mayor afiliación, y un académico con más de 5 años de experiencia en materia penal o procesal penal designado por el Consejo de Rectores.

c) Defensorías Regionales; Son aquellas unidades con competencia regional, encargadas de la administración de los medios y recursos necesarios para la prestación de la defensa penal pública en la región o en la extensión geográfica que corresponda si en la región hubiere más de una. Existe una en cada región, pero en la Región Metropolitana existen dos. A su cargo se encuentran los Defensores Regionales que son nombrados, previo concurso, por el Defensor Nacional y duran 5 años en el puesto.

d) Defensorías Locales; Son las unidades operativas a través de las cuales la Defensoría debe prestar la defensa de los imputados. En ella se desempeñan los defensores locales. Estos defensores son abogados, y deben trasladarse a las localidades que las que están ubicados los juzgados, tribunales y cortes. No puede existir un tribunal que no tenga asignado un defensor penal público, sea defensor local o externo.

El modelo de Defensoría Penal Pública chileno está basado en una estructura mixta. Esta resulta de la combinación de prestadores entre defensores públicos y abogados particulares o pertenecientes a entidades que se adjudiquen la prestación de la defensa pagados con fondos públicos mediante licitaciones o, en subsidio, contratación directa. Existe una importante discusión acerca de la legitimidad y conveniencia de aceptar la incorporación de estos privados que concesionan ciertas cuotas de defensoría pública. Lo cierto es que este modelo fue creado para tener un cierto control sobre los flujos de demanda de defensoría penal y de esta manera tener un más eficiente control del gasto público de este servicio.⁸²

Ahora, qué ocurre con los métodos de control. Pues bien ellos están basados en cuatro elementos:

- a) Inspecciones; Cómo ya se señaló, son revisiones que realizan funcionarios de la Defensoría Nacional, que tiene la calidad de inspectores, que pertenecen a la Unidad de Evaluación, Control y Reclamaciones. Ellos asisten directamente a las oficinas y tribunales en que se desempeñen las funciones de los defensores. Las actividades fiscalizadas están enumeradas en el artículo 58 de la Ley 19.718, y ellas se concretan en un informe que es remitido al Defensor Regional respectivo.
- b) Auditorías externas; Son evaluaciones realizadas por terceras empresas, que concursan para esta actividad, y deben realizarse aleatoriamente de acuerdo a normas del Reglamento del servicio. Deben ser desarrolladas por agencias independientes de manera que la responsabilidad de la Defensoría solo alcanza la selección de esta empresa. El objeto de estas evaluaciones deberá ser determinado en cada uno de los contratos, sin embargo el artículo 60 de la Ley

⁸² Al respecto puede profundizarse en LETELIER GALVEZ, CRISTIAN ANDRES, *La Licitación de Defensa Penal Pública en el nuevo proceso penal chileno*, Estudio de caso, Magíster en Gestión y Políticas Públicas, Facultad de Ciencias Físicas y Matemáticas, Universidad de Chile, 2005, Santiago de Chile.

19.718 explicita “tendrán por objeto controlar la calidad de la atención prestada y la observancia de los estándares básicos, previamente fijados por el Defensor Nacional”.

- c) Informes; Son informes de carácter público que deben permanecer a disposición de los interesados. Son presentados por los defensores públicos y licitados. Existen informes semestrales y un Informe final que es entregado una vez terminado el contrato de licitación. El contenido de dichos informes es el siguiente:

-Número de personas atendidas

-Casos atendidos

-Materia de los casos

-El tipo de gestión realizada

-Cantidad de actuaciones

-Las condiciones de la prestación de defensa

-Los plazos en que se hubiera prestado

-Los inconvenientes surgidos durante la gestión.

- d) Reclamaciones; Son quejas de los usuarios del sistema levantadas por la mala calidad o cualquier otra deficiencia que adviertan en la prestación de la defensa.

Asimismo, el Párrafo 5º de la Ley 19.718 denominado Responsabilidades de los prestadores de la defensa penal pública, por medio del artículo 68 hace directamente aplicable la Ley 18.834 sobre Estatuto Administrativo a los defensores locales

generando en primer lugar la responsabilidad administrativa directa de estos funcionarios. Por otro lado, el artículo 69 y 70 se refieren a la responsabilidad contractual de los defensores en los eventos de que su defensa no fuere satisfactoria de acuerdo con los estándares fijados por el Defensor Nacional, cuando no se hace oportuna entrega de los informes o se falsifiquen los datos, y cuando incurran en incumplimiento del contrato celebrado; las sanciones que pueden aplicarse son multas, estipuladas en cada contrato y aplicadas en los dos primeros eventos descritos, e incluso puede llegar a la terminación del contrato, en caso de incumplimiento del mismo. Además estas sanciones son contenidas en un registro público a disposición de cualquier persona en las defensorías regionales y Defensoría Nacional.

Los defensores, por supuesto, no están exentos en ningún caso de responsabilidad civil ni penal por actividades realizadas en sus cargos.

El servicio de la Defensoría Penal Pública ha sido ideado como un prestador de asistencia judicial de excelencia. Estructuralmente puede advertirse el cuidado y la importancia con que cada uno de sus componentes ha sido proyectado, y por sobre todo, se la ha dotado de mecanismos expresos que aseguran la calidad de su gestión. Sin embargo, las falencias que se han detectado en la práctica no provienen, a mi juicio, de fallas en el diseño sino más bien de carácter ético profesional.

Lo que se ha señalado previamente respecto a la incorporación de defensores licitados ha generado una importante mercantilización de la labor del abogado defensor, que ha generado algunas consecuencias perversas. El factor de que los defensores sean remunerados por “salidas”, es decir, por cada resultado que obtengan en el procedimiento, ha incentivado en muchos casos a que los defensores busquen salidas rápidas y que pongan término a la causas. Este comportamiento irregular no es de difícil detección pues la publicidad y transparencia del sistema de enjuiciamiento permite observar la gestión de los defensores en base a los antecedentes que se exponen en las mismas audiencias. En ese sentido, algunas herramientas procesales como la suspensión condicional del procedimiento y el procedimiento simplificado con aceptación de responsabilidad, se han convertido en muchos casos, en elementos que

han distraído la auténtica labor del defensor público, y han dado paso a la búsqueda de salidas más onerosas para el interés del abogado, y más costosas para los imputados.

CAPÍTULO V: LA DEFENSA ASISTENCIAL EN EL DERECHO COMPARADO

El siguiente apartado tiene por objeto hacer una muy breve exposición de la organización de estos servicios asistenciales en el Derecho comparado. Importa para ello conocer la disposición que ordena la composición de este sistema, su jerarquía y finalmente la calidad de los órganos que la componen.⁸³ Se examina a continuación la experiencia de España, Francia y Alemania.

⁸³ Este capítulo está basado en la información contenida en *La asistencia jurídica gratuita en la legislación de Chile, Alemania, España, Francia, Italia y Suecia*, escrito por Patricia Canales y Virginie Loiseau, Referencia DEPESEX/BCN/SERIE ESTUDIOS, año XIV, nº 293, Santiago de Chile, mayo de 2004.

1. España.

El artículo 119 de la Constitución Española de 1978, sostiene que la justicia será gratuita cuando así lo disponga la ley y, en todo caso, respecto de quienes puedan probar que carecen de recursos para litigar. Esta actividad pública está dirigida a la provisión de los medios necesarios para hacer que este derecho sea real y efectivo incluso cuando quien desea ejercerlo carezca de recursos económicos.

De esta forma, la norma constitucional es desarrollada en profundidad por la Ley 1-1996, de Asistencia Jurídica Gratuita, el Real Decreto 996-2003, por el que se aprueba el Reglamento de Asistencia Jurídica Gratuita y por la Ley 40-2003 de Protección de Familias Numerosas.

La asistencia jurídica en España está definida como “el conjunto de prestaciones necesarias para intervenir en el procedimiento judicial que garantizan el derecho a la justicia gratuita respecto de las personas que acrediten insuficiencia de recursos económicos para litigar, esto es, para acudir a juicio en defensa de un derecho o interés legítimo.”

Los beneficiarios de este sistema son:

- a) Los ciudadanos españoles o extranjeros con residencia legal en España cuyos recursos económicos, calculados anualmente por todos los conceptos y por unidad familiar, no superen el doble del salario mínimo interprofesional vigente en el momento de hacer la solicitud.
 - b) Los extranjeros sin residencia legal en España que acrediten insuficiencia de recursos en el proceso penal y en los procesos relativos a la solicitud de asilo y en los procedimientos administrativos y judiciales que puedan llevar a la denegación de su entrada, devolución o expulsión del territorio español.
-

c) Los trabajadores y beneficiarios del Sistema de Seguridad Social en la jurisdicción social, tanto para la defensa en juicio como para el ejercicio de acciones para la efectividad de los derechos laborales en los procedimientos concursales.

d) Las Entidades Gestoras y Servicios Comunes de la Seguridad Social, en todo caso.

e) Las Asociaciones de Utilidad Pública y las fundaciones inscritas en el Registro administrativo correspondiente que acrediten recursos insuficientes.

f) Se agrega por la Ley 40-2003 como beneficiarios de este servicio a las personas cuyos recursos e ingresos superen el doble del salario mínimo interprofesional pero no excedan del cuádruplo de dicho salario en atención a las circunstancias familiares, número de hijos o familiares a su cargo, estado de salud, obligaciones económicas, costes derivados de la iniciación del proceso u otras de análoga naturaleza.

El artículo 8 de la Ley comprende al caso de insuficiencia económica sobrevenida. Esta circunstancia se presenta cuando el actor una vez presentada la demanda, o el demandado una vez hecha su contestación, comprueben ante el prestador que las circunstancias necesarias para obtener el derecho a la asistencia sobrevinieron con posterioridad.

En este modelo, la asistencia jurídica gratuita comprende, entre otras, las siguientes prestaciones:

- Consultoría; Asesoramiento y orientación gratuitos previos al proceso, cuando tengan por objeto evitar el conflicto procesal, o analizar la viabilidad de la pretensión.

-Defensa penal; Asistencia de abogado al detenido o preso que no lo hubiere designado, para cualquier diligencia policial que no sea consecuencia de un procedimiento penal en curso o en su primera comparecencia ante un órgano jurisdiccional, o cuando ésta se lleva a cabo por medio de auxilio judicial y el detenido o preso no hubiere designado abogado en el lugar donde se preste.

-Gestiones de publicidad; Inserción gratuita de anuncios o edictos en periódicos oficiales.

-Peritajes

-Copias; Obtención gratuita de copias, testimonios, instrumentos y actas notariales

-Gestiones notariales

-Exención del pago de depósitos necesarios para la interposición de recursos.

El ámbito de aplicación del derecho referida a la gestión de representación procesal, queda delimitado en el artículo 6.3 de la Ley 1-1996; aquellos procedimientos en los que la intervención de Abogado o procurador, o ambos, es obligatoria, y excepcionalmente a aquellos en los que la defensa por abogado, no siendo obligatoria, es necesaria según el criterio del tribunal para garantizar la igualdad de las partes en el proceso. Ello será determinable en cada caso, atendiendo a la mayor o menor complejidad del debate procesal y a la cultura y conocimiento jurídico del que comparece personalmente.

La regulación y organización está básicamente fundada en la institución de abogados de turno.

Los servicios de asistencia letrada de quienes soliciten abogado de oficio en cualquier jurisdicción o no designen abogado en la sede penal está a cargo de los Colegios de Abogados y de los Colegios de Procuradores. Sin embargo en España, la organización de estos servicios deberá garantizar continuidad, especialización, de acuerdo con criterios de eficiencia y funcionalidad en la aplicación de los fondos públicos puestos a su disposición, velando por la distribución objetiva de turnos y medios. Los Colegios de Abogados organizarán un régimen de vigilia que garantice, en forma permanente, la asistencia del abogado al detenido y la realización de las primeras diligencias de instrucción criminal.

Los abogados y procuradores designados de oficio desempeñarán sus funciones de forma real y efectiva hasta la finalización del procedimiento, y en su caso, la ejecución de la sentencia, si las actuaciones procesales de ésta se produjeran dentro de los dos años siguientes a la resolución judicial dictada en la instancia.

2.-Francia.

En Francia este derecho tiene consagración legal. Históricamente, el programa de ideales de la Revolución Francesa dio lugar a la Ley de 1851, que es el más remoto antecedente de la historia del servicio de defensa asistencial, ley que posteriormente fue modificada en 1901, 1907 y 1958.

Las críticas dirigidas contra este modelo se fundamentaban en la ilegitimidad del criterio “caridad para los indigentes”, dando lugar a una nueva regulación por la Ley de 1972, mediante la cual se reconocía una ayuda diferenciada para la situación particular de cada litigante. Si embargo, su aplicación no estuvo exenta de numerosas críticas, y ante el descontento generalizado, se elaboró un nuevo proyecto que dio lugar a la Ley 91-647 de 1991 Sobre ayuda jurídica, que ha sufrido variadas modificaciones.

En ese sentido, la Ley entiende la ayuda jurídica como un beneficio para las personas que se encuentran en la imposibilidad total o parcial de hacer valer sus derechos en justicia en razón a la insuficiencia de recursos. Se comprende en ella:

- La asistencia jurídica: ayuda financiera concedida para la celebración de un juicio ante una competencia cualquiera.
- Asistencia para la representación del abogado en procedimientos penales

- El “acceso al derecho” (información, orientación, consulta jurídica gratuita). La asistencia permite a su beneficiario recibir gratuitamente la asistencia de un abogado o la de otro auxiliar de justicia –peritos, notarios, etc- y quedar exento de las costas judiciales.

Los beneficiarios de acuerdo con el artículo 3, de este modelo son,;

-Las personas físicas de nacionalidad francesa o nacionales de uno de los Estados miembros de la Unión Europea.

- Los extranjeros que residan habitualmente en Francia y se encuentren en situación regular.

- En el caso de un asunto que conoce la jurisdicción francesa si, siendo extranjero no residente en Francia, el solicitante posee la nacionalidad de un Estado vinculado a Francia por un acuerdo internacional o bilateral que reconoce a sus nacionales el beneficio de la justicia gratuita.

-Los extranjeros no residentes en Francia cuando la situación del solicitante resulte especialmente digna de interés respecto al objeto del litigio o a las cargas previsibles del juicio.

-A los extranjeros, sin condición de residencia, cuando son menores, testigos asistidos, imputados, reos, acusados, condenados o partes civiles o cuando son objeto de un procedimiento relativo a las condiciones de entrada y estancia en Francia.

-Las personas jurídicas, sin fines de lucro, con domicilio en Francia y que no dispongan de recursos suficientes.

La ayuda es otorgada por la Oficina de Ayuda Jurisdiccional, organismo de composición mixta, presidido, según el caso por un magistrado de asiento del Tribunal de Grande Instance o de la Corte de Apelaciones o un miembro del Tribunal Administrativo o de la Corte de Apelación Administrativa. El secretario judicial del Tribunal de Grande Instance o de la Corte de Apelaciones, según el caso, será

vicepresidente de la Oficina o de la sección encargada de examinar las demandas de ayuda jurisdiccional relativas a procesos que correspondan a esas instancias.

La Oficina establecida junto a la Corte de Casación será presidida por un magistrado del domicilio de esa Corte en actividad u honorario. El secretario jefe será el vicepresidente. Está compuesta La Oficina además de dos miembros elegidos por esa Corte.

Por regla general, la ayuda puede ser solicitada antes o durante el proceso. El abogado designado de oficio puede llevar el caso a la Oficina de Ayuda Jurisdiccional competente según el domicilio de la persona que asiste o ha asistido.

3. Alemania.

El libre acceso a la justicia tiene consagración constitucional en el artículo 103 de la Carta Fundamental. La ley sobre Ayuda y Pago de las Costas Procesales, rige la ayuda jurisdiccional (reemplaza el antiguo beneficio de pobreza), y La ley sobre Consejo Jurídico y Representación para Ciudadanos de escasos recursos. Ellas fueron adoptadas en 1980 entrando en vigor en 1981 y fueron modificadas en 1994. La ayuda jurídica es administrada por los *Länder* (Estados independientes que componen la República Federal Alemana), con algunas diferencias mínimas en las prestaciones.

Los beneficiarios del sistema alemán, que descansa sobre la base del principio de igualdad ante la ley, pueden ser todas las personas cuya presencia en Alemania está justificada, a los refugiados, a los extranjeros y a los apátridas. Sólo se excluyen a personas que gozan de un seguro de protección jurídica. Los recursos económicos tomados en consideración son los recursos netos del postulante, cualquiera que sea su origen. Para obtener el monto neto, se restan los impuestos, las cotizaciones sociales, los gastos profesionales y domésticos. Se excluyen en este cálculo los recursos de otros miembros de la familia.

En todo caso, la ayuda parcial impone al beneficiario la obligación de pagar a plazo las costas procesales durante 48 meses, cuyo monto mensual varía en función de los recursos netos reducidos a una suma específica indicada en una tabla. Este sistema, que realmente es muy disuasivo, ha dado como resultado que las solicitudes sean muy escasas a partir de un nivel de recursos. Por otro lado, la ayuda total se le otorga al solicitante cuyos recursos mensuales reducidos a una suma específica son inferiores a 30 marcos alemanes. En este caso el beneficiario no corre con ningún gasto.

La jurisdicción que va a conocer del asunto se pronuncia en primer lugar sobre la solicitud de ayuda, procediendo a un breve examen a través del cual verifica que:

1º el asunto para el que la ayuda se solicita tiene suficientes posibilidades de éxito y no sea temerario;

2º que se ha fundamentado la solicitud.

La ayuda jurisdiccional puede ser acordada para cualquier tipo de procedimiento civil, especialmente los voluntarios, así como procedimientos laborales, administrativos, fiscales y sociales, excepto los procedimientos penales. En este último caso la ayuda se presta bajo la forma de una comisión de oficio y no depende de los recursos económicos. Esto se efectúa por el tribunal cuando el juez lo considera necesario o cuando está establecido por la ley en razón del nivel de la jurisdicción competente, de la gravedad de la falta o cuando la duración de la prisión preventiva es mayor de tres meses.

En la práctica, la ayuda jurisdiccional se entrega esencialmente en los casos de divorcios.

Esta ayuda cubre los gastos del proceso, los gastos de desplazamiento, y los honorarios del abogado. No cubre los daños y perjuicios, ni las costas causadas por la parte contraria.

Una característica particular del sistema alemán consiste en que el solicitante puede designar libremente a su abogado, cuando la representación sea preceptiva o cuando no siéndolo, se hiciera necesaria, o cuando la otra parte asistiera al juicio defendida por un abogado. El presidente del tribunal sólo procede a la designación de abogado en el caso de que el solicitante no hubiera encontrado ningún abogado que aceptara representarlo. El Land paga a los abogados la suma que resulta de la aplicación de un arancel fijado por la ley federal relativa a la indemnización de los abogados.

CONCLUSIONES

En la extensión de este trabajo de memoria se ha podido desarrollar la hipótesis referida al derecho fundamental del igualitario Acceso a la Justicia, vinculada al compromiso de la Defensa letrada asistencial y a la garantización de ciertos parámetros de calidad con algunos resultados satisfactorios.

En primer lugar se han podido encontrar los elementos históricos en los cuales se basa la explicitación de este derecho en nuestra Constitución Política. La tradición jurídica en Chile es bastante larga al respecto y ha sufrido importantes y enérgicas transformaciones que han permitido la consagración cada vez más intensa y efectiva

de la asistencia jurídica. La interpretación del precepto contenido en el artículo 19 n°3 inciso tercero de la Carta Fundamental, propuesta en esta exposición, identifica estos elementos con presupuestos mínimos del Debido Proceso, que tienen directa relación con el cuestionamiento de la validez de los procedimientos seguidos en ausencia de estos elementos. En ese sentido, se ha descartado toda hipótesis que llegue al absurdo de identificar esta norma con un derecho que se “cumpla en la medida de lo posible”, ya que el compromiso asumido por la Constitución en ese sentido, por todos los elementos ya descritos y por el Estado de Chile al ratificar Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos permite entender y atribuir la auténtica relevancia de este precepto.

Asimismo se ha podido identificar la forma en que el Acceso a defensa letrada ha sido materializado en la legalidad. Se puede decir en este punto, que los agentes encargados de la asistencia jurídica, que en definitiva cumplen un rol de garantes de este derecho, cumplen este papel con deficiencias notorias. Se advierte que estas carencias son tanto estructurales como funcionales, y que a través de los actuales modelos de asistencia no se logrará en definitiva obtener un servicio de calidad para satisfacer las necesidades del Bien Público Justicia. Asimismo se han señalado las inconsistencias constitucionales de dos de sus modelos, y que no resulta tolerable, en el panorama actual de los Derechos Humanos sostener su vigencia por más tiempo.

Por otro lado, se ha hecho referencias a que, si bien pueden diseñarse modelos de servicios asistenciales de elite, estos servicios están condenados al más rotundo fracaso, en la medida en que los prestadores que componen y entregan esta labor no ajusten su comportamiento a un marco ético profesional. No es posible pensar en innovaciones estructurales y mejores resultados ahí donde el más delicado elemento del ejercicio de la profesión falla. Es por eso que necesariamente debiere reforzarse un mecanismo para hacer posible esta evaluación y obtener resultados eficientes, para así darles un mayor contenido de realidad a las expectativas de Defensa asistencial y en definitiva, superar así todas aquellas perversidades de nuestro actual sistema que provocan estas deficiencias éticas.

Asimismo, es importante insistir en el papel que juegan los estándares de gestión, cuya principal misión es otorgar y organizar las prestaciones del servicio bajo criterios de calidad mínimas y homogéneas al mismo tiempo. Esto permite, en gran manera, asegurar el efectivo cumplimiento de los fines institucionales, siempre que vayan aparejados de medidas de control que permitan observar la correspondencia de la gestión profesional con el modelo descrito en el estándar. Más aún, en aquellas circunstancias en donde se produce el conflicto de agencia, estos estándares cumplen un importante rol en transparentar la información, permitiendo así que el principal pueda, a través de éstos, observar críticamente la gestión del profesional.

Finalmente, resulta imprescindible concluir que todos los elementos examinados en este trabajo tienen por finalidad promover, en primer término, un cambio estructural en estos agentes asistenciales que ajusten la organización y el producto de sus prestaciones a ciertos patrones de reconocimiento internacional, y que asegure niveles de calidad y compromiso con el trabajo comprometido en ella. Pero en definitiva, siempre descansará en las conciencias de los profesionales del servicio llevar adelante esta misión pública que debe siempre, en mi sencilla opinión, guiarse por los altos valores de Lealtad y Dignidad.

BIBLIOGRAFÍA

1.- ALEXY, ROBERT, Teoría de los Derechos Fundamentales, Colección el Derecho y la Justicia, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1º edición, 1993, Madrid, España.

2.- ALVARO LARA VIDAL, Definiciones de Estándares, Manual de Procedimientos y Normas ISO, Departamento de Evaluación, Fiscalización y Control de la Defensoría Penal Pública, Santiago de Chile.

3.- ALVAREZ CONDE, ENRIQUE , Curso de Derecho Constitucional, Volumen I, El Estado Constitucional, El sistema de Fuentes, Los Derecho y Libertades, editorial Tecnos, 2º edición, 1996, España.

4.- AYLWIN OYARZÚN, MIGUEL Justicia y sectores de bajos ingresos, Editorial Ediar-Conosur Ltda., Centro de Estudios del Desarrollo, 1988, Santiago de Chile

5.- ARAYA G, FERNANDO, Asistencia legal para personas de escasos recursos, Curso interamericano en preparación y evaluación de proyectos (CIAPEP), Instituto de Economía de la Pontificia Universidad Católica, 1988, Santiago de Chile.

6.- BALMACEDA JIMENO, NICOLAS, Corporaciones de asistencia judicial y abogados de turno; incumplimiento de una garantía constitucional?, Revista chilena de derecho, Facultad de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile, Vol. 27, no. 4 (oct./dic. 2000), p. 721-733, Santiago de Chile.

7.- BALMACEDA JIMENO, NICOLAS, Acceso a la Justicia para los pobres: La Modernización pendiente, Tesis de pregrado, Facultad de Derecho Pontificia Universidad Católica de Chile, Profesor guía Andrés Chadwick Piñera, 1996, Santiago de Chile.

8.- BATES HERMOSILLA, LUIS, Acceso a la Justicia y las personas de escasos recursos, cuadernos análisis jurídico, serie de seminarios nº22 de la Escuela de Derecho de la Universidad Diego Portales, julio de 1992, Santiago de Chile.

9.- CEA EGAÑA, JOSÉ LUIS, Curso de Derecho Constitucional, Tomo II, Derecho, deberes y garantías constitucionales, apuntes de cátedra, Pontificia Univ. Católica de Chile, 1999, Santiago de Chile

10.- CAROCCA PÉREZ, ÁLEX, El nuevo sistema Procesal Penal, Editorial Lexis Nexis, 3º edición, 2005, Santiago de Chile.

11.- CAROCCA PÉREZ, ÁLEX, La Defensa Penal Pública, Editorial Lexis Nexis, 1º edición, 2002, Santiago de Chile

12.- CANALES, PATRICIA; LOISEAU, VIRGINIE, La asistencia jurídica gratuita en la legislación de Chile, Alemania, España, Francia, Italia y Suecia, Centro de documentación de la Biblioteca del Congreso Nacional, año XIV, nº 293, mayo de 2004, Santiago de Chile.

12.- CEA EGAÑA, JOSÉ LUIS, Derecho Constitucional Chileno, Tomo II, Editorial de la Pontificia Universidad Católica de Chile, 2002, Santiago de Chile

13- EVANS DE LA CUADRA, ENRIQUE, Los derechos constitucionales, edición actualizada por Eugenio Evans Espiñeira, tomo I y II, 2004, Editorial Jurídica, Santiago de Chile.

14- FERNANDEZ G., MIGUEL ANGEL, La nueva justicia penal frente a la Constitución, Editorial Lexis Nexis, 1º edición, 2006, Santiago de Chile.

15.- HÚBNER GALLO, JORGE IVÁN, Panorama de los Derechos Humanos, Editorial Andrés Bello, 1973, Santiago de Chile.

16- INSTITUTE FOR LAW AND JUSTICE, Bureau of Justice Assistance, United States department of justice, The compendium of *Standars* for Indigent Defense Systems, A resource guide for practitoners and policymakers, diciembre de 2000, Estados Unidos de Norteamérica.

17.- INSTITUTO DE ESTUDIOS COMPARADOS EN CIENCIAS PENALES Y SOCIALES, Defensa Pública, Ediciones del Instituto, septiembre de 2002, Buenos Aires, Argentina.

18.- LETELIER GALVEZ, CRISTIAN ANDRES, La Licitación de Defensa Penal Publica en el nuevo proceso penal chileno (2005), Estudio de caso, Magíster en Gestión y Políticas Públicas, Facultad de Ciencias Físicas y Matemáticas, Universidad de Chile, Santiago de Chile.

19.- MALJAR DANIEL, La intervención del Estado en la presentación de los servicios públicos, Editorial Hammurabi, 1999, Buenos Aires, Argentina.

20.- MUÑOZ CONDE, FRANCISCO Introducción al Derecho Penal, Segunda edición Editorial B de F,2002, Buenos Aires, Argentina.

21.- MINUTA n° 74/08.08.2002/AR-MW, Estándares de Defensa Penal Pública, Documento Final Estándares, 30 de junio de 2006, Departamento de Evaluación, Fiscalización y Control de la Defensoría Penal Pública, Santiago de Chile

22.- MOHOR ABUAUAD, SALVADOR, Apuntes de clase de la cátedra de Derecho Constitucional, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, año 2000, Santiago de Chile.

23.- NOGUEIRA ALCALÁ, HÉCTOR, Aspectos de una teoría de los derechos fundamentales: la delimitación, regulación. Garantía y limitaciones de los derechos fundamentales, Revista lus et Praxis, año 11, n°2, ciudad de Talca, Chile.

24.- PEÑA GONZALEZ, CARLOS, El acceso a la justicia: elementos para la reforma judicial, Publicación de la Universidad Diego Portales, Escuela de Derecho, 1994, Santiago de Chile.

25.- PINILLA MARTINEZ, VERÓNICA, Análisis de la experiencia chilena en la política pública de Acceso a la justicia, Tesis de Magister en Gestión y políticas públicas, profesor guía José Zalaquett, Universidad de Chile, 1999, Santiago de Chile,

26.- PFEFFER URQUIAGA, EMILIO, Reformas constitucionales 2005, 1º edición, Editorial Jurídica, Santiago de Chile.

27.- PRIMER FORO IBEROAMERICANO DE ACCESO A LA JUSTICIA, Conclusiones, Departamento de Asistencia Jurídica del Ministerio de Justicia y Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, Ministerio de Justicia, enero 2006, Santiago de Chile

28.- RUIZ-TAGLE, PABLO, Una dogmática general para los derechos fundamentales en Chile, Revista de Derecho Público, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, Tomo I, vol. 63, año 2001, pag. 179-199, Santiago de Chile.

29.- RUBIO ERAZO, ALEJANDRA, Acercamiento a los estándares de Defensa, Departamento de Evaluación, Fiscalización y Control de la Defensoría Penal Pública, Santiago de Chile.

30.- SEMINARIO SISTEMAS CONTRACTUALES Y ESTÁNDARES DE DEFENSA PENAL PÚBLICA. Año 2003, Centro de Documentación Defensoría Penal Pública, Santiago de Chile.

31.- SILVA BASCUÑAN, ALEJANDRO, Tratado de Derecho Constitucional, tomo XI, 2º edición, año 2006, Editorial Jurídica, Santiago de Chile.

32.- VARAS ALFONSO, PAULINO y MOHOR ABUAUAD, SALVADOR, Procedencia del recurso de protección frete a las disposiciones del artículo 19 n° 3 de la Constitución de 1980, Revista Chilena de Derecho, Número Especial 1998, Pontificia Universidad Católica de Chile, Santiago de Chile.

33.- VARGAS VALENZUELA, ANA ISABEL, La defensoría penal pública; un servicio público; historia fidedigna, Tesis de pregrado, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, profesor guía Carlos Carmona Santander, año 2002, Santiago de Chile.

34.- VARGAS, PEÑA Y CORREA, El rol del Estado y el mercado de la justicia, cuadernos de análisis jurídico, seminarios n° 42, Universidad Diego Portales, 2001, Santiago de Chile.

35.- VERDUGO MARINKOVIC, MARIO: PFEFFER URQUIAGA, EMILIO; NOGUEIRA ALCALÁ, MARIO Derecho Constitucional, Santiago de Chile , Editorial Jurídica de Chile, 1997, Santiago de Chile.

36.- ZÚÑIGA URBINA, FRANCISCO, Reforma Constitucional, Editorial Lexis Nexis, 1º edición, 2006, Santiago de Chile.